الهداية

شرح

بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين

أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل

الرشداني المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ هجرية

في الفقه على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان

الهداية

شرح

بداية المبتدى

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين

أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل

الرشدانى المرغينانى

المتوفى سنة ٥٩٣ هجرية

فى الفقه على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان

الجزء الثالث

الطبعة الأخيرة

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر

محمود نصار الحلبى وشركاه - خلفاء

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه :

قال (الشركة ضربان : شركة أملاك ، وشركة عقود : فشركة الأملاك : العين يرثها رجلان أو يشتريانها، فلايجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه ، وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالأجنبى) وهذه الشركة تتحقق فى غير المذكور فى الكتاب ، كما إذا اتهب رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا بحرج، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه فى جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا فى صورة الخلط والاختلاط فإنه لايجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى .

(والضرب الثانى : شركة العقود ، وركنها الإيجاب والقبول . وهو أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ، ويقول الآخر قبلت) وشرطه : أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هى أربعة أوجه : مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه . فأما شركة المفاوضة: فهى أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) لأنها شركة

عامة فى جميع التجارات يفوّض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الاطلاق إذ هى من المساواة . قال قائلهم .

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

أى متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ، وذلك فى المال ، والمراد به ما تصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لايصح الشركة فيه ، وكذا فى التصرف لأنه لو ملك أحدهما تصرفا لايملك الآخر لفات التساوى ، وكذلك فى الدين لما نبين إن شاء الله تعالى ، وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفى القياس لاتجوز ، وهو قول الشافعى رحمه الله . وقال مالك رحمه الله : لا أعرف ما المفاوضة . وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام «فاوضوا فإنه أعظم للبركة» وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس ،والجهالة محتملة تبعاً كما فى المضاربة (ولاتنعقد إلا بلفظة المفاوضة) لبعد شرائطها عن علم العوام، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لأن المعتبر هو المعنى .

قال (فتجوز بين الحرّين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوى ،وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً تجوز أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبى والبالغ) لانعدام المساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبى لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولى .

قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز للتساوى بينهما فى الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فإنها جائزة ويتفاوتان فى التصرف فى متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمى لا يهتدى إلى الجائز من العقود . ولهما أنه لا تساوى فى التصرف، فإن الذمى لو اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح،ولو اشتراها مسلم لايصح (ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة. وفى كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يشترط ذلك فى العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً .

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على ما بيناه ، وأما الكفالة فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً .

قال (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الإدام، لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه فى الكتاب • وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ، ولابد من الشراء فيختص به ضرورة . والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشترى بالأصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشترى بحصته مما أدى لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما .

قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة، فما يصح فيه الاشتراك: الشراء والبيع والاستئجار، ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة .

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبى لزم صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا : لا يلزمه) لأنه تبرع ، ولهذا لا يصح من الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر عن المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس . ولأبى حنيفة رحمه الله : أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدى عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة ، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره ، وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء . وأما الإقراض فعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل ، فلا يتحقق معاوضة ، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المفاوضة، ومطلق الجواب فى الكتاب محمول على المقيد ، وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله : لأنه معاوضة انتهاء .

قال (فإن ورث أحدهما ما لا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هى شرط فيه ابتداء وبقاء ، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب فى حقه إلا أنها تنقلب عنانا للإمكان فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (فإن ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه .

فصـــل

(ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك رحمه الله : تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا ، لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع . ولنا أنه يؤدى إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان ، فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح ما لم يملك ، وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه فى ذمته ، إذ هى لا تتعين فكان ربح ما يضمن ، ولأن أول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا فى ثمنه لا يجوز ، وشراء أحدهما شيئا بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز ، وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فألحقت بها ، قالوا هذا قول محمد رحمه الله ، لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف ، أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعا ، وروى عن أبى يوسف رحمه الله : مثل قول محمد رحمه الله والأول أقيس وأظهر ، وعن أبى حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها .

قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر فى الكتاب (وفى الجامع الصغير : ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر ، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال فى المضاربات والشركات . وذكر فى كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما ، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين فى الأصل إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة فى الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأن عند ذلك لا تصرف إلى شىء آخر ظاهرا ، إلا أن يجرى التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ، ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب ، ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته ، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك فى قول أبى يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا شركة عقد . وعند

محمد رحمه الله تصح شركة العقد، وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالين واشتراط التفاضل فى الربح، فظاهر الرواية ماقاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله : ولمحمد رحمه الله أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا فى الذمة ومبيع من حيث إنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين ، بخلاف العروض لأنها ليست ثمنا بحال ، ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق. والفرق لمحمد رحمه الله أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ومن جنسين من ذوات الأمثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما فى العروض، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء .

قال (وإذا أرادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) . قال رضى الله عنه (وهذه شركة ملك) لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة ، وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء،ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة .

قال (وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهى أن يشترك اثنان فى نوع بر أوطعام أو يشتركان فى عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عنّ له: أى عرض ، وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لايثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل فى المال) للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة (ويصح أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح) وقال زفر والشافعى رحمهما الله: لاتجوز، لأن التفاضل فيه يؤدى إلى ربح مالم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما فى الربح للشركة فى الأصل ، ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك فى الأصل . ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم « الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين » ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة ، وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل، بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما ، لأنه يخرج العقد به من الشركة ، ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من

حيث إنه يعمل فى مال الشريك ، ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليها .

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة فى المال ليست بشرط فيه إذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح إلا بما بينا) أن المفاوضة تصح به الوجه الذى ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم،وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايجوز ، وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى .

قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر) لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الأصل فى الحقوق .

قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته فى حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه .

قال (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة) لأن المعقود عليه فى عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما فى الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع ،بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لايتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله إلا ليشركه فى ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه إن هلك فى يده فظاهر ، وكذا إذا كان هلك فى يد الآخر لأنه أمانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا) لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ، فلايتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ، ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها .

قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) لأنه اشترى نصفه بوكالته ، ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه ، هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا ، لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ، ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه ، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة ، لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة ، فإذا بطلت يبطل ما فى ضمنها بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة .

قال (وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لاتجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة فى الأصل وأنه بالخلط وهذا لأن المحل هو المال ولهذا يضاف إليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله ، أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ، ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ، ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال . ولنا أن الشركة فى الربح مستندة إلى العقد دون المال ، لأن العقد يسمى شركة ، فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ، ولأن الدراهم والدنانير لايتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف لأنه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل . وإذا تحققت الشركة فى التصرف بدون الخلط تحققت فى المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى فى الربح وتصح شركة التقبل .

قال (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ، ونظيره فى المزارعة .

قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان أن يبضع المال) لأنه معتاد فى عقد الشركة ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه ، وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا .

قال (ويدفعه مضاربة) لأنها دون الشركة فتتضمنها . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة ، والأصح هو الأول وهو رواية الأصل ، لأن الشركة غير

مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان فى ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشىء لا يستتبع مثله .

قال (ويوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لايملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله .

قال (ويده فى المال يد أمانة) لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة .

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لأنه لابد من رأس المال ، وهذا لأن الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى المال على أصلهما على ما قررناه . ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلا فى النصف أصيلا فى النصف تحققت الشركة فى المال المستفاد ، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لأن المعنى المجوّز للشركة وهو ماذكرناه لايتفاوت .

(ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز) وفى القياس لايجوز ، لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ماقوّم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق فى الجنس المتفق وربح مالم يضمن لايجوز إلا فى المضاربة .

قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها استحسان ، والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة . وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل :

قال (وأما شركة الوجوه : فالرجلان يشتركان ولامال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لأنه لا يشترى بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة فى الأبدال ، وإذا أطلقت تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهى جائزة عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ، والوجه من الجانبين ما قدمناه فى شركة التقبل .

قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة (فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه : وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك) وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والأستاذ الذى يلقى العلم على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها ، ألا ترى أن من قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على مابينا ، والضمان على قدر الملك فى المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا فى المضاربة والوجوه ليست فى معناها بخلاف العنان لأنه فى معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها ، والله أعلم .

فصل فى الشركة الفاسدة

(ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شىء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل فى أخذ المال المباح باطل ، لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبا عنه ، وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح ، فإن أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغا مابلغ عند محمد . وعند أبى يوسف رحمهما الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه .

قال (وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة ، والكسب كله للذى استقى ، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل

صاحب البغل ، وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلا نعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكاً للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره ، كما أن الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال (وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة ، ولا بد منها لتتحقق الشركة على مامر ، والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاقه ، لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ، ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي ، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدى ، والله أعلم .

فصــــل

(وليس لأحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر إلا بإذنه) لأنه ليس من جنس التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى زكاته ، فإن أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : لا يضمن إذا لم يعلم ، وهذا إذا أديا على التعاقب ، أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ، وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه . لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل ، وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أولا . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر ، وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي ، وأما دم الإحصار فقد قيل : هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فرق . ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار .

قال (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشترى جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا : يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة ، وهذا لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك. وله أن الجارية دخلت فى الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن،غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة ، فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديناً عليه من مال الشركة . وفى مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق) لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة .

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة رحمه الله : (لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول: إذا مت فقد وقفت دارى على كذا) : وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول . وقال محمد : لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه إليه) .

قال رضى الله عنه : الوقف لغة: هو الحبس،تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى،وهو فى الشرع عند أبي حنيفة رحمه الله : حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ، ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ فى الأصل ، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية . وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ، ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل . لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ: «تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب» ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى إذ له نظير فى الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك: ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام

« لا حبس عن فرائض الله تعالى » . وعن شريح : جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس ، ولأن الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف ، ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه ، فصار شبيه العارية ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ، ولأنه لايمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لأنه إتلاف وبخلاف المسجد ، لأنه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به ، وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى .

قال رضي الله عنه : قال في الكتاب : لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه ، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا ، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم ، والمراد بالحاكم المولى، فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ . ولو وقف في مرض موته قال الطحاوى هو بمنزلة الوصية بعد الموت . والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة رحمه الله: وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثلث، والوقف في الصحة من جميع المال وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف ، وهو قول الشافعي بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك ؛ وعند محمد رحمه الله : لابد من التسليم إلى المتولى لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد لأن التمليك من الله تعالى ، وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصودا ، وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة .

قال (وإذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ : وإذا استحق مكان قوله وإذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول ، كسائر أملاكه قال رضي الله عنه : قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره .

قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته (وقال محمد رحمه الله : لا يجوز) لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به ، وهذا فيما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند

محمد رحمه الله أيضا ، لأنه يعتبر بالهبة والصدقة المنفذة إلا فى المسجد والمقبرة ، فإنه لايتم مع الشيوع فيما لايحتمل القسمة أيضا عند أبى يوسف لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ، ولأن المهايأة فيهما فى غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه فى وقت ويتخذ إصطبلا فى وقت ، بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة ، ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل فى الباقى عند محمد رحمه الله لأن الشيوع مقارن كما فى الهبة ، بخلاف ما إذا رجع الواهب فى البعض أو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه فى مرضه وفى المال ضيق لأن الشيوع فى ذلك طارئ ؛ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع ولهذا جاز فى الابتداء ، وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة .

قال (ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لاتنقطع أبدا ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم) لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ، وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلاله كالتوقيت فى البيع ، ولأبى يوسف رحمه الله أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون فى الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح فى الوجهين ، وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن عند أبى يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال فى الكتاب فى بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم وهذا هو الصحيح . وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون مؤقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بدّ من التنصيص .

قال (ويجوز وقف العقار) لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) .

قال رضى الله عنه : وهذا على الإرسال قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة لأنه تبع للأرض فى تحصيل ما هو المقصود ، وقد يثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كالشرب فى البيع والبناء فى الوقف ؛ ومحمد رحمه الله معه فيه لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده

فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى (وقال محمد رحمه الله : يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه فى سبيل الله ، وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان . والقياس أن لايجوز لما بيناه من قبل . وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه ، منها قوله عليه الصلاة والسلام « وأما خالد فقدحبس أدرعا وأفراسا له فى سبيل الله تعالى،وطلحة رضى الله عنه حبس دروعه فى سبيل الله تعالى » ويروى: أكراعه ، والكراع الخيل: ويدخل فى حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها : وعن محمد رحمه الله أنه يجوز وقف مافيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف : وعند أبى يوسف لايجوز لأن القياس إنما يترك بالنص ، والنص ورد فى الكراع والسلاح فيقتصر عليه . ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد وجد التعامل فى هذه الأشياء : وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصاحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة ، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد رحمه الله.وما لا تعامل فيه لايجوز عندنا وقفه ، وقال الشافعى رحمه الله : كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح : ولنا أن الوقف فيه لايتأبد ولابد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير ، بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس ، وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما فى معناهما .

قال (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبى يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التمليك فلما بينا ، وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز ، غاية الأمر أن الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن فى الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهوالذى يقاسم شريكه لأنالولاية للواقف وبعد الموت إلى وصيه؛ وإن وقف نصف عقار خالص له فالذى يقاسمه القاضى أو يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسمه المشترى ثم يشترى ذلك منه ، لأن الواحد لايجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ، ولو كان فى القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لايجوز لامتناع بيع الوقف، وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء .

قال (والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ، ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها ، ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ، ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو فى ماله أى مال شاء فى حال حياته ، ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته ، وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التى وقفه وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه ، فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شىء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة فى الزيادة .

قال (فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى) لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى) لأن فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى ، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه فى حيز التردد ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك .

قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف إن احتاج إليه ، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيهما) لأنه لابد من العمارة ليبقى على التأبيد ، فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه فى الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود ، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفا للبدل إلى مصرف المبدل (ولا يجوز أن يقسمه) يعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لأنه جزء من العين ، ولا حق للموقوف عليهم فيه وإنما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم .

قال (وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبى يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه .

أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف ، ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله ، وهو قول هلال الرازى وبه قال الشافعى رحمه الله ، وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والإفراز ، وقيل هى مسألة مبتدأة والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء ، وفيما إذا شرط الكل لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء سواء ؛ ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا ، وهو الصحيح لأن اشتراطه لهم فى حياته كاشتراطه لنفسه .

وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه ، فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله ، لأن التمليك من نفسه لايتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه . ولأبى يوسف رحمه الله ماروى « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته » ، والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه ، لأنه يجعل ملك نفسه لنفسه ، وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولأن مقصوده القربة وفى الصرف إلى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام « نفقة الرجل على نفسه صدقة » ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شـــاء ذلك فهو جائز عند أبى يوسف ، وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف ، والشرط عند أبى يوسف ، وعند محمد رحمه الله الوقف باطل ، وهذا بناء على ماذكرنا ؛

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبى يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال فى وقفه ، وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد رحمه الله لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه ؛ ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه ، فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ، وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس

إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظراً للفقراء ، كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار وكذا إذا شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل .

فصـــل

(وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رحمه الله عن ملكه) أما الإفراز ، فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لابد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ويشترط تسليم نوعه ، وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض فقام تحقق المقصود مقامه ، ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد رحمهما الله ، لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه ، وعن محمد رحمه الله : أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف : يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لأن التسليم عنده ليس بشرط ، لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق ، وقد بيناه من قبل .

قال (ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه ، فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه) لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس ، وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو ، وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد رحمه الله أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا .

قال (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه ، لأن المسجد مالا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ، ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مسجدا لأنه لما رضى بكونه مسجدا ، ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر :

قال (ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن لهأن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لأنه تجرد عن حق العباد ، وصار خالصا لله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ماثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما فى الاعتاق ؛ ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبى يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه ، وعند محمد رحمه الله : يعود إلى ملك البانى أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصاركحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف رحمه الله يقول فى الحصير والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر .

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أوخانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضهمقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة رحمه الله) لأنه لم ينقطع عن حق العبد، ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن فىالخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى مابعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم .

(وعند أبى يوسف : يزول ملكه بالقول) كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم .

(وعند محمدرحمه الله : إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك) لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليمنوعهوذلك بما ذكرناه، ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض،ولو سلم إلى المتولى صح التسليم فىهذه الوجوه كلها، لأنه نائب عن الموقوف عليه ، وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما فى المسجد فقد قيل لايكون تسليما لأنه لاتدبير للمتولى فيه ، وقيل يكون تسليما لأنه يحتاج إلى من يكنسه ، ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ماقيل لأنه لامتولى له عرفا ، وقيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح ، وإن كان بخلاف العادة ، ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين ، أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ، ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن فى الغلة تحل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير

والفارق هو العرف فى الفصلين فإن أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء ، وفى غيرها التسوية بينهم ، وبين الأغنياء ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول ، والغنى لايحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه ، والله أعلم بالصواب .

كتاب البيوع

قال (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظى الماضى) مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت ، لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع ، والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به ، ولا ينعقد بلفظين : أحدهما : لفظ المستقبل ، والآخر : لفظ الماضى بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك ، وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا فى معنى قوله : بعت واشتريت لأنه يؤدى معناه ، والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس وهو الصحيح لتحقق المراضاة .

قال (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل فى المجلس وإن شاء رد) وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه ، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر ، والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ، وليس له أن يقبل فى بعض المبيع ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لعدم رضى الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى .

قال (وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب) لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه ، وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية .

وقال الشافعى : يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » ولنا أن فى الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز ، والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال .

قال (والأعواض المشار إليها لايحتاج إلى معرفة مقدارها فى جواز البيع) لأن بالإشارة

كفاية فى التعريف وجهالة الوصف فيه لاتفضى إلى المنازعة (والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الأصل.

قال (ويجوز البيع بثمن حالّ ومؤجل إذا كان الأجل معلوما) لإطلاق قوله تعالى: ـ وأحل الله البيع ـ وعنه عليه الصلاة والسلام أنه اشترى من يهودى طعاماً إلى أجل معلوم ورهنه درعه ، ولا بد أن يكون الأجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به فى قريب المدة وهذا يسلمه فى بعيدها .

قال (ومن أطلق الثمن فى البيع كان على غالب نقد البلد) لأنه المتعارف وفيه التحرى للجواز فيصرف إليه (فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدهما) وهذا إذا كان الكل فى الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحرّيا للجواز ، وهذا إذا كانت مختلفة فى المالية ، فإن كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصرتى اليوم بسمرقند، والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم، كذا قالوا ، وينصرف إلى ماقدر به من أىّ نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف فى المالية .

قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وكذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد» بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ، ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة .

قال (ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لأن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم ، لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة ، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لايجوز فى البيع أيضاً والأول أصح وأظهر .

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يسمى جملة قفزانها ، وقالا يجوز فى الوجهين) له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل فى المجلس ، وصار هذا كما لو أقرّ وقال لفلان على كل درهم فعليه

درهم واحد بالإجماع ، ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع، وكما إذا باع عبداً من عبدين على أن المشترى بالخيار ، ثم إذا جاز فى قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله فللمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه ، وكذا إذا كيل فى المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم بذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع .

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع فى جميعها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت ، وعندهما يجوز فى الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد) لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضى إليها فى الأول فوضح الفرق .

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود (وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع) لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك) لأن الذرع وصف فى الثوب، ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض، والوصف لا يقابله شىء من الثمن كأطراف الحيوان ، فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول ، لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضى .

قال (وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى ولا خيار للبائع) لأنه صفة فكان بمنزلة ما إذا باعه معيباً فإذا هو سليم (ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب ، وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذاً لكل ذراع بدرهم (وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع) لأنه إن حصل له الزيادة فى الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير، وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط .

قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبى حنيفة وقالا : هو جائز ، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز فى قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم ، وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ، ولا فرق عند أبى حنيفة رحمه الله بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم وهو الصحيح خلافا لما يقول الخصاف لبقاء الجهالة ، ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن .

(ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز فى فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز فى الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة ، وقيل عند أبى حنيفة لايجوز فى فصل النقصان أيضا ، وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروى حيث لايجوز فيهما ، وإن بين ثمن كل واحد منها لأنه جعل القبول فى المروى شرطا لجواز العقد فى المروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط فى المعدوم فافترقا .

(ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف ، قال أبو حنيفة رحمه الله : فى الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة إن شاء ، وقال أبو يوسف رحمة الله عليه : فى الوجه الأول يأخذ بأحد عشر إن شاء ، وفى الثانى يأخذه بعشرة إن شاء ، وقال محمد رحمه الله : يأخذ فى الأول بعشرة ونصف إن شاء ، فى الثانى بتسعة ونصف ويخير) لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه ، فيجرى عليه حكمها ، ولأبى يوسف رحمه الله : أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ، ولأبى حنيفة رحمة الله عليه أن الذراع وصف فى الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل ، وقيل فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى مازاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لايضره الفصل . وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه .

فصــل

(ومن باع دارا دخل بناؤها فى البيع وإن لم يسمه) لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف ، ولأنه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له .

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه) لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء (ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتسمية) لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذى فيها .

(ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع » ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متاع . وقال الشافعى رحمه الله : يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع ، لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك ، وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفى الأرض زرع ، قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ، ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن فى الصحيح ، ويكون فى الحالين للبائع لأن بيعه يجوز فى أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل فى بيع الشجر من غير ذكر ، وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع ، ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل : لا يدخل فيه ، وقد قيل : يدخل فيه ، وكان هذا بناء على الاختلاف فى جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما ، ولو قال : بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيهلما قلنا، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصريح به .

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لأنه مال متقوم أما لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الثانى وقد قيل لايجوز قبل أن يبدو صلاحها ، والأول أصح (وعلى المشترى قطعها فى الحال) تفريغا لملك البائع ، وهذا إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل

ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة وهو إعارة أو إجارة فى بيع ،وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا ، واستحسنه محمد رحمه الله للعادة ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر ، ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة ، وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشىء ، لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة ، وإن اشتراها مطلقا وتركها على النخيل ، وقد استأجر النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل ، لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الإذن معتبراً ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه ، حيث لا يطيبُ له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ، ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره لأنه فى يده ، وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشترى الأصول لتحصل الزيادة على ملكه .

قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) خلافا لمالك رحمه الله لأن الباقى بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معينا لأن الباقى معلوم بالمشاهدة : قال رضى الله عنه : قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى : أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه .

(ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره) وكذا الأرز والسمسم ، وقال الشافعى رحمه الله : لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الأول عنده ، وله فى بيع السنبلة قولان ، وعندنا يجوز ذلك كله ، له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه ، فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه . ولنا ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه فى سنبله كالشعير ، والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز ، وفى مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا ، لأنه لا يدرى قدر ما فى السنابل .

(ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح إغلاقها) لأنه يدخل فيه الإغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه .

قال (وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع) أما الكيل فلابد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكايلة ، وكذا أجرة الوزان والذراع والعداد ، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله ، لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ماتعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليردّه ، وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه .

قال (وأجرة وزان الثمن على المشترى) لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم .

قال (ومن باع سلعة بثمن ، قيل للمشترى ادفع الثمن أولا) لأن حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لايتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة .

قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن ، قيل لهما سلما معا) لاستوائهما فى التعين وعدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما فى الدفع .

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز فى البيع للبائع والمشترى (ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والأصل فيه ماروى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات فقال له النبى عليه الصلاة والسلام « إذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام » (ولا يجوز أكثر منها عند أبى حنيفة) رضى الله عنه ، وهو قول زفر والشافعى رضى الله عنهما (وقالا : يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضى الله عنه أنه أجاز الخيار إلى شهرين) ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل فى الثمن ، ولأبى حنيفة رضى الله عنه : أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (إلا أنه إذا أجاز فى الثلاث جاز عند أبى حنيفة) رضى الله

عنه خلافا لزفر ، هو يقول : إنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ، وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما إذا باع بالرقم وأعلمه فى المجلس ، ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ، فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ، ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضى جزء من اليوم الرابع ، وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر فإن نقد فى الثلاث جاز فى قولهم جميعا) .

والأصل فيه أن هذا فى معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقا به ، وقد مر أبو حنيفة على أصله فى الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث ، وكذا محمد فى تجويز الزيادة ، وأبو يوسف أخذ فى الأصل بالأثر ، وفى هذا بالقياس وفى هذه المسئلة قياس آخر ، وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط أو اشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا :

قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار ، ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشترى التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع (فلو قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة ، ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شىء على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق :

قال (وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لأن البيع فى جانب الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر :

قال (إلا أن المشترى لا يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا يملكه) لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع ، ولأبى حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع فى ملكه ، لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع لأن المعاوضة تقتضى المساواة ، ولأن الخيار شرع نظرا للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر .

قال (فإن هلك فى يده هلك بالثمن وكذا إذا دخله عيب) بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ، ووجه الفرق انه إذا دخله عيب يمتنع الرد ، والهلاك لايعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لايمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف .

قال (ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لأنه لم يملكها لما له من الخيار (وإن وطئها له أن يردها) لأن الوطء بحكم النكاح (إلا إذا كانت بكرا) لأن الوطء ينقصها وهذا عند أبى حنيفة (وقالا : يفسد النكاح) لأنه ملكها (وإن وطئها لم يردها) لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيبا ، ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشترى بشرط الخيار وعدمه : منها عتق المشترى على المشترى إذا كان قريبا له فى مدة الخيار . ومنها عتقه إذا كان المشترى حلف إن ملكت عبدا فهو حر ، بخلاف ما إذا قال : إن اشتريت فهو حر لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار . ومنها أن حيض المشتراة فى المدة لا يجتزأ به على الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده ، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض . ومنها إذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما . ومنها إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشترى لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك . ومنها لو كان المشترى عبدا مأذونا له فأبرأه البائع من الثمن فى المدة بقى على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك ، والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله . ومنها إذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم ، وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم .

قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ فى مدة الخيار وله أن يجيز ، فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يجوز) وهو قول الشافعى والشرط هو العلم وإنما كنى بالحضرة عنه : له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ، ولهذا لايشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع : ولهما أنه تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى

عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشترى، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ولا نقول إنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط، ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ .

قال (وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته) وقال الشافعى : يورث عنه لأنه حق لازم ثابت فى البيع فيجرى فيه الإرث كخيار العيب والتعيين . ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال ، بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث ، وأما خيار التعيين فيثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار .

قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا ، وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر ، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشترى . ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه ، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية وتصرف الفاسخ فى أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه . ووجه الثانى أن الفسخ أقوى ، لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف، وقيل الأول قول محمد والثانى قول أبى يوسف . واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما .

قال (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد، وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار فى أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه :

أحدها : أن لايفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار وهو الوجه الأول فى الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم .

والوجه الثانى : أن يفصل الثمن ويعين الذى فيه الخيار وهو المذكور ثانيا فى الكتاب، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر .

والثالث : أن يفصل ولا يعين .

والرابع : أن يعين ولا يفصل ، والعقد فاسد فى الوجهين ، إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن .

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة ، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع ، وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله . وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان فى معنى ماورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها ، والجهالة لاتفضى إلى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار ، وكذا فى الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة ، وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ، ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير ، وقيل لايشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا . وإذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ، ثم ذكر فى بعض النسخ اشترى ثوبين وفى بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح ، لأن المبيع فى الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة ، ولو هلك أحدهما أوتعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ، ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن

يردهما جميعا ، ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ، ولهذا لايتوقف في حق الوارث ، وأما خيار الشرط لايورث ، وقدذكرناه من قبل .

قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ماثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه ، فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا ، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله خاصة .

قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية . لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة ، فلورده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد ، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضى برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد .

قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشترى بالخيار ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ، ثم فواته يوجب التخيير لأنه مارضى به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف .

باب خيار الرؤية

قال (ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده) وقال الشافعي رحمه الله : لايصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه » ولأن الجهالة بعد الرؤية لا تفضى إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه

(وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده) لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها ، وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولأن الرضى بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت .

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبوحنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضى زوالا وثبوتا ولايتحقق ذلك إلابالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال . ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ، وروى أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال : لى الخيار لأنى بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم . ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد مايبطله. وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفا لايمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لايبطله قبل الرؤية لأنه لايربو على صريح الرضى ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضى .

قال (ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والأصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ، فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود ، ولو دخل فى البيع أشياء فإن كانت لاتتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار ، وإن كانت تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها ، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة إذا ثبت هذا فنقول : النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان فى طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم ،

والوجه هو المقصود فى الآدمى وهو والكفل فى الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره ، وشرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله ، وفى شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود هو اللحم يعرف به وفى شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود . قال (وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها) وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت ؛ والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم فى الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول فى داخل الدار للتفاوت والنظر إلى الظاهر لايوقع العلم بالداخل .

قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشترى ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا هما سواء ، وله أن يرده) قال : معناه الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع .

لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار ، فلا يملك مالم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدا . وله أن القبض نوعان : تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا ، وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولاتتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل . ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار ، فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل ، وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه ، فلايملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لايمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف ، ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لايسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لايملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لايملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ، ولهذا لايملك القبض والتسليم إذا كان رسولا فى البيع .

قال (وبيع الأعمى وشراؤه جائز ، وله الخيار إذا اشترى) لأنه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق) كما فى البصير (ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له) لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما فى السلم . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا وقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره ، لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة فى حق الأخرس

فى الصلاة ، وإجراء الموسى مقام الحلق فى حق من لاشعر له فى الحج: وقال الحسن: يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبى حنيفة رحمه الله لأن رؤية الوكيل كرؤية الموكل على مامر آنفا .

قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ، ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لأن رؤية أحدهما لاتكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ثم لايرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام ، وهذا لأن الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضى ويكون فسخا من الأصل .

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لأنه لايجرى فيه الإرث عندنا وقد ذكرناه فى خيار الشرط .

(ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التى رآه فلا خيار له) لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لايعلمه مرئيه لعدم الرضا به (وإن وجده متغيرا فله الخيار) لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره وإن اختلفا فى التغير فالقول قول البائع ، لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ماقالوا لأن الظاهر شاهد للمشترى بخلاف ما إذا اختلفا فى الرؤية لأنها أمر حادث والمشترى ينكره فيكون القول قوله .

قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه ، وفى رد مابقى تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لاتتم قبله وفيه وضع المسئلة ، فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : وعن أبى يوسف أنه لايعود بعد سقوطه كخيار الشرط ، وعليه اعتمد القدورى .

باب خيار العيب

(وإذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده) لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فوته يتخير كيلا يتضرر بلزوم مالايرضى به (وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) لأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن

فى مجرد العقد ، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى ، فيتضرر به ،ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به .

قال (وكل ماأوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب) لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف أهله .

(والإباق والبول فى الفراش والسرقة فى الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه إذا ظهرت عند البائع فى صغره ثم حدثت عند المشترى فى صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك ، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره ، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر ، فالبول فى الفراش فى الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء فى الباطن ، والإباق فى الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن ، والمراد من الصغير من يعقل فأما الذى لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا .

قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) ومعناه إذا جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فيه أو فى الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب فى الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه أنه لايشترط المعاودة فى يد المشترى لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد .

قال (والبخر والدفر عيب فى الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب فى الغلام ، لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب .

(والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود فى الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ، ولا يخل بالمقصود فى الغلام وهو الاستخدام إلاأن يكون الزنا عادة له على ماقالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة .

قال (والكفر عيب فيهما) لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمتنع صرفه فى بعض الكفارات فتختل الرغبة ، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لايرده لأنه زوال العيب . وعند الشافعى يرده لأن الكافر يستعمل فيما لايستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب .

قال (فلو كانت الجارية بالغة لاتحيض أو هى مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم

واستمرارة علامة الداء ويعتبر فى الارتفاع أقصى غاية البلوغ ، وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبى حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح .

قال (وإذا حدث عند المشترى عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يردّ المبيع) لأن فى الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولابد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر .

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث (فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك) لأن الامتناع لحقه وقد رضى به (فإن باعه المشترى لم يرجع بشىء) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أولتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لاوجه إلى الفسخ فى الأصل بدونها لأنها لاتنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فإن باعه المشترى بعد مارأى العيب رجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلا قبله ، فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع ، لأن التمليك حصل فى الأوّل قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم إليه .

قال (ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل . وفى الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمى ماخلق فى الأصل محلا للملك ، وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار كالموت ، وهذا لأن الشىء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأن تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمى (وإن أعتقه على مال لم يرجع بشىء) لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل ، وعن أبى حنيفة أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض (فإن قتل المشترى العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع

بشيء عند أبي حنيفة . أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء. ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا ، وإنما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لامحالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا ، وأما الأكل فعلى الخلاف ، فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق. لهما أنه صنع فى المبيع مايقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه ، فأشبه الإعتاق. وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ؛ ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشىء واحد فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل وعنهما أنه يرد مابقى لأنه لا يضره التبعيض ؛

قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب (وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لأن الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الإمكان. وقال الشافعى رحمه الله يرده لأن الكسر بتسليطه : قلنا التسليط على الكسر فى ملك المشترى لا فى ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه؛ ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد ، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد :

قال (ومن باع عبداً فباعه المشترى، ثم رده عليه بعيب ، فإن قبل بقضاء القاضى بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه) لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن ، غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً على الموكل لأن البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثانى والأول لا ينفسخ (وإن قبل بغير قضاء القاضى ليس له أن يرده) لأنه بيع جديد فى حق ثالث وإن كان فسخا فى حقهما والأول ثالثهما :

(وفى الجامع الصغير وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذى باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفى بعض روايات البيوع إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول .

قال (ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة) لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ، ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فإن قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعنى إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن فى الانتظار ضرراً بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته: أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه .

قال (ومن اشترى عبداً فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة أنه أبق عنده) والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده لأن القول- وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته بالحجة (فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال فى الكتاب وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ، لأن فيه ترك النظر للمشترى لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، والأول ذهول عنه والثانى يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما .

واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة . لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف ، وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب. وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذى قدمناه . قال رضى الله عنه : إذا كانت الدعوى فى إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق فى الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ .

قال (ومن اشترى جارية ، وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها

وقال المشترى بعتنيها وحدها ، فالقول قول المشترى) لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما فى الغصب (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بينا .

قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرناه ، وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد. ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه، ويروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة ، والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ، ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر ، لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الردىء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط . ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة فى خيار العيب وفى خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر .

قال (ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشىء واحد . ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا إذا كان فى وعاء واحد فإذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر . .

(ولو استحق بعضه فلا خيار له فى رد ما بقى) لأنه لا يضره التبعيض ، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا إذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وإن كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون .

قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه أو كانت دابة فركبها فى حاجته فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فليس برضا) أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد ، والجواب فى السقى واشتراء

الحلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدّا منه إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون الحلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد بدّا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا .

قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشترى له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق) وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع .

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما . لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل . وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود ، فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة : ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشترى فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا ، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ، وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين ، وفي إحداهما رجوع فتنصف ، ولو تداولته الأيدى ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب ، وقوله في الكتاب ولم يعلم المشترى يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع .

قال (ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي رحمه الله : لا تصح البراءة بناء على مذهبه أنّ الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح ، هو يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح . ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضى إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة [illegible] البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف . وقال محمد رحمهما الله : لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت . ولأبي يوسف رحمه الله أن الغرض التزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث .

باب البيع الفاسد

(وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر) قال العبد الضعيف : هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول : البيع بالميتة والدم باطل ، وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لاتعد مالا عند أحد ، والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض والباطل لايفيد ملك التصرف ، ولو هلك المبيع في يد المشترى فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقى القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء ، وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله ، والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا فى يد المشترى فيه ، وفيه خلاف الشافعى رحمه الله، وسنبينه بعد إن شـــاء الله تعالى . وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل ، لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع . وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لايملك عين الخمر والخنزير. ووجه الفرق أن الخمر مال، وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلاأنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفى تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له ، وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب فى الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن المشترى للثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبراً فى تملك الثوب لا فى حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة .

قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ، ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه

روايتان : والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد : وفى المطلق خلاف الشافعى رحمه الله وقد ذكرناه فى العتاق .

قال (وإن ماتت أم الولد أو المدبر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا عليه قيمتهما) وهو رواية عنه ؛ لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما فى البيع ، بخلاف المكاتب لأنه فى يد نفسه فلا يتحقق فى حقه القبض وهذا الضمان به : وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع ، فصارا كالمكاتب ، وليس دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشترى لايدخل فى حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا .

قال (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد) لأنه باع ما لا يملكه (ولا فى حظيرة إذا كان لايؤخذ إلا بصيد) لأنه غير مقدور التسليم ، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك :

قال (ولا بيع الطير فى الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ ؛ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه غرراً .

قال (ولا اللبن فى الضرع) للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع فى كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره .

قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل ، فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلى وبخلاف الفصيل لأنه يمكن قلعه والقطع فى الصوف متعين فيقع التنازع فى موضع القطع : وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن فى ضرع وعن سمن فى لبن ، وهو حجة على أبى يوسف رحمه الله فى هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه.

قال (وجذع فى سقف وذراع من ثوب ، ذكرا القطع أو لم يذكراه) لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر فى تبعيضه

ولو لم يكن معينا لايجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ، ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى يعود صحيحا لزوال المفسد، بخلاف ما إذا باع النوى فى التمر أو البذر فى البطيخ حيث لا يكون صحيحا وإن شقهما وأخرج المبيع لأن فى وجودهما احتمالا ، أما الجذع فعين موجود . قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا .

قال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة ؛ فالمزابنة ماذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلاتجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا .

وقال الشافعى رحمه الله : يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق . قلنا العرية العطية لغة ، وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون برا مبتدأ .

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت فى الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أى يتساومان فإذا لمسها المشترى أو نبذها إليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع ، فالأول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث إلقاء الحجر ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقا بالخطر .

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار فى أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا ، وقد ذكرناه بفروعه .

قال (ولايجوز بيع المراعى ولا إجارتها) المراد الكلأ . أما البيع فلأنه ورد على مالا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث . وأما الاجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لايجوز فهذا أولى .

قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يجوز إذا كان محرزا ، وهو قول الشافعى رحمه الله لأنه حيوان منتفع به

حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار . ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخى (ولا يجوز بيع دود القز عند أبى حنيفة رحمه الله) لأنه من الهوام ، وعند أبى يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له ، وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) لمكان الضرورة، وقيل:أبو يوسف مع أبى حنيفة كما فى دود القز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا فى حق المتعاقدين وهذا غير آبق فى حق المشترى ولأنه إذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان فى يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ، ولو قال : هو عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لأنه آبق فى حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ، ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه بيع باطل لا نعدام المحلية كبيع الطير فى الهواء . وعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم ، كما إذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد .

قال (ولا يجوز بيع لبن امرأة فى قدح) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر . ولنا أنه جزء الآدمى وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ، ولا فرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة . وعن أبى يوسف رحمه أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها . فكذا على جزئها . قلنا الرق قد حل نفسها ، فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التى هى ضده وهو الحى ولا حياة فى اللبن.

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع. ولو وقع فى الماء القليل أفسده عند أبى يوسف رحمه الله ، وعند محمد رحمه الله لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ، ولأبى يوسف رحمه الله أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها

قال (لايجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها) لأن الآدمي مكرم لامبتذل ، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة والمستوصلة » الحديث ، وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن .

قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لأنه غير منتفع به . قال عليه الصلاة والسلام « لا تنتفعوا من الميتة باهاب » وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر فى كتاب الصلاة (ولابأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لأنها قد طهرت بالدباغ ، وقد ذكرناه فى كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل ، والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله ، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به .

قال (وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لأن حق التعلى ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه ، والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ، ومنفردا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على مانذكره فى كتاب الشرب .

قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين : بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل ، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسئلتين أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا معلوما : وأما المسيل فمجهول لأنه لايدرى قدر ما يشغله من الماء ، وإن كان الثانى ففى بيع حق المرور روايتان . ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق . أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلى وعلى الأرض مجهول لجهالة محله. ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلى على إحدى الروايتين أن حق التعلى يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع ، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان .

قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما) بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير ، والفرق يبتنى على الأصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعنا فى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى

ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب وفى مسئلتنا الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الأغراض، وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها، وهو المعتبر فى هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان والوذارى والزندنيجى على ماقالوا جنسان مع اتحاد أصلهما .

قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لايجوز البيع الثانى) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض . ولنا قول عائشة رضى الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة : بئسما شريت واشتريت، أبلغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل فى ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقى له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض ، بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة .

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع ويبطل فى الأخرى) لأنه لابد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى إلى غيرها .

قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لأن الشرط الأول لايقتضيه العقد والثانى يقتضيه :

قال (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظروف وهو عشرة أرطال فقال البائع : الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى) لأنه إن اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا ، وإن اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول قول المشترى لأنه ينكر الزيادة .

قال (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبى حنيفة ، وقالا : لايجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع

صيده . لهما أن الموكل لايليه فلا يوليه غيره ، ولأن مايثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز . ولأبي حنيفة أن العاقد هو الكفيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلايمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ، ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه .

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه أن يقال : كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى لايفسد العقد لثبوته بدون الشرط ، وكل شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لايبيع المشترى العبد المبيع ، لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا أولأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس ، ولو كان لايقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لايفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لايبيع المشترى الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدى إلى الربا ولا إلى المنازعة . إذا ثبت هذا فنقول: إن هذه الشروط لايقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لاالإلزام حتما والشرط يقتضى ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ماذكرناه وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لاأن يشترط فيه ، فلو أعتقه المشترى بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة ، لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما إذا تلف بوجه آخر : ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لايلائم العقد على ماذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا .

قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى درهما أو على أن يهدى له هدية) لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان

فالخدمة والسكنى يقابلهما شىء من الثمن يكون إجارة فى بيع ، ولو كان لايقابلهما يكون إعارة فى بيع ،وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن صفقتين فى صفقة .

قال (ومن باع عينا على أن لايسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد) لأن الأجل فى المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الأعيان .

قال (ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد) والأصل أن مالا يصح إفراده بالعقد لايصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل ، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولهما ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به . والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد فى الكتابة مايتمكن فى صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لاتبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء ، لأن هذه العقود لاتبطل بالشروط الفاسدة ، وكذا الوصية لاتبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لايجرى فيها .

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة فى صفقة على مامرّ .

قال (ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد) . قال العبد الضعيف ماذكره جواب القياس ووجهه مابينا . وفى الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع :

قال (والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد) لجهالة الأجل ، وهى مفضية إلى المنازعة فى البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه .

قال (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج) وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجذاذ لأنها تتقدم وتتأخر ،ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة

وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيها ولأنه معلوم الأصل، ألا ترى أنها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف أولى، بخلاف البيع فإنه لايحتملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه، بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز لأن هذا تأجيل فى الدين، وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا. وقال زفر: لايجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الأجل فى النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرره، وهذه الجهالة فى شرط زائد لافى صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد، لأن الفساد فى صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله فى الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا، لأن من له الأجل يستبد باسقاطه لأنه خالص حقه.

قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد: إن سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد والشاة الذكية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر رحمه الله: فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر. له الاعتبار بالفصل الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل. ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين الأجنبية وأخته فى النكاح، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لأنه مجهول. ولأبى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لايدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة، فكان القبول فى الحر شرطا للبيع فى العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لايبطل بالشروط الفاسدة.

وأما البيع فى هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ فى عبد الغير بإجارته، وفى المكاتب برضاه فى الأصح، وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل

القبض وهذا لايكون شرط القبول فى غير المبيع ولا بيما بالحصة ابتداء ولهذا لايشترط بيان ثمن كل واحد فيه .

فصل فى أحكامه

(وإذا قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعى رحمه الله : لايملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن النهى نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لايفيده قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم . ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القبول بانعقاده ، ولا خفاء فى الأهلية والمحلية . وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام ، والنهى يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ، وإنما المحظور مايجاوره كما فى البيع وقت النداء ، وإنما لايثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدى إلى تقرير الفساد المجاور ، إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض فى إفادة الحكم بمنزلة الهبة ، والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشىء آخر ، وهو أن فى الخمر الواجب هو القيمة وهى تصلح ثمنا لامثمنا ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يكتفى به دلالة كما إذا قبضه فى مجلس العقد استحسانا ، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق ، فكذا القبض فى الهبة فى مجلس العقد يصح استحسانا ، وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع ، وهو مبادلة المال بالمال ، فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفى الثمن ، وقوله لزمته قيمته فى ذوات القيم ، فأما فى ذوات الأمثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب ، وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى .

قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعا للفساد ، وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد فى صلب العقد لقوته وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا أنه لم تتحقق المراضاة فى حق من له الشرط .

قال (فإن باعه المشترى نفذ بيعه) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثانى ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ، ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه والثانى مشروع بأصله ووصفه فلايعارضه مجرد الوصف، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة ،لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان فى المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع .

قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على مامر ، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ، وهـذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ورفع الفساد عذر ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا .

قال (وليس للبائع البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وإن مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن) لأنه يقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن؛ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين فى البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا .

قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها) عند أبى حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى الرواية (وقالا : ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف . لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقين لايبطل بالبناء فأقواهما أولى . وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع ، بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ، ولهذا لايبطل بهبة المشترى وبيعه ، فكذا ببنائه . وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله،وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف .

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح فى الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث

فى الربح ، والدراهم والدنانير لايتعينان فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا فى الخبث الذى سببه فساد الملك .

أما الخبث لعدم الملك ، فعند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن ، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها .

قال (وكذا إذا ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى فى الدراهم يطيب له الربح) لأن الخبث لفساد الملك ههنا ، لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين .

فصل فيما يكره

قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد فى الثمن ولايريد الشراء ليرغب غيره ، قال عليه الصلاة والسلام « لا تناجشوا » .

قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام « لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه » ولأن فى ذلك إيحاشا وإضرارا ، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن فى المساومة ، أما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهى فى النكاح أيضا .

قال (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ، فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر .

قال (وعن بيع الحاضر للبادى) فقد قال عليه الصلاة والسلام « لا يبيع الحاضر للبادى » وهذا إذا كان أهل البلدة فى قحط وعوز ، وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه من الإضرار بهم ، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر .

قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى — وذروا البيع — ثم فيه إخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه فى كتاب الصلاة .

قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا (ولا يفسد به البيع) لأن الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة .

قال (ولا بأس ببيع من يزيد) وتفسيره ما ذكرنا ، وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد» ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه (نوع منه) .

قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيرا) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلى رضى الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له « مافعل الغلامان؟ فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة والسلام أدرك أدرك » ويروى « اردد اردد » ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده ، فكان فى بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ، وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه . ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لايدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ، ولايدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ، ولا بدّ من اجتماعهما فى ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب ، لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به .

قال (فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايجوز فى قرابة الولادة ويجوز فى غيرها . وعنه أنه لايجوز فى جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لايكون إلا فى البيع الفاسد . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله فى محله وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس فى معنى ما ورد به النص وقد صح « أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين » والله أعلم .

باب الإقالة

(الإقالة جائزة فى البيع بمثل الثمن الأول) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول) والأصل أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل ، وهذا عند

أبى حنيفة رحمه الله ، وعند أبى يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فتبطل . وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا ، فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فتبطل . لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلنى عثراتى فتوفر عليه قضيته ، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ، ألا ترى أنه بيع فى حق الثالث ، ولأبى يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع ، ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة ، وهذه أحكام البيع . ولأبى حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبىء عن الفسخ والرفع كما قلنا ، والأصل إعمال الألفاظ فى مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده ، فتعين البطلان وكونه بيعا فى حق الثالث أمر ضرورى لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما ، إذا ثبت هذا نقول : إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة ، إذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ، لأن الزيادة يمكن إثباتها فى العقد فيتحقق الربا أما ما لا يمكن إثباتها فى الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث فى المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل ، لأن الحط يجعل بازاء مافات بالعيب . وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبى يوسف رحمه الله ، وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن ، فإذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا فى شرط الأقل عند أبى يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده . وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لا سكوت عن بعض الثمن الأول ، ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد ، وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه ، ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبى حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا ؛ وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا ، والإقالة قبل القبض فى المنقول وغيره فسخ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند أبى يوسف رحمه الله فى المنقول لتعذر البيع ، وفى العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده .

قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لأن رفع البيع يستدعى قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن (فإن هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى) لقيام البيع

فيه، وإن تقابضا تجوز الاقالة بعدهلاك أحدهما، ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا، والله أعلم بالصواب .

باب المرابحة والتولية

قال (المرابحة : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح . والتولية : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع ، لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ، ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها ، وقد صح «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم : ولني أحدهما، فقال هو لك بغير شيء، فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير ثمن فلا » .

قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشترى باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز) لأنه يقدر على الوفاء بما التزم (وإن باعه بربح ده يازده لا يجوز) لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال .

(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جار بالحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به ، هذا هو الأصل وماعددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه هو حذاقته (فإن اطلع المشترى على خيانة في المرابحة فهو بالخيار) عند أبي حنيفة رحمه الله، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه (وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله : يحط فيهما ، وقال محمد رحمه الله : يخير

فيهما) لمحمد رحمه الله : أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته : ولأبي يوسف رحمه الله : أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال ، وفى المرابحة منه ومن الربح . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط فى التولية لاتبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير ، فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأنه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه .

قال (ومن اشترى ثوبا وباعه بربح ثم اشتراه ، فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الأخير) .

صورته : إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة ، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لايبيعه مرابحة أصلا ؛ وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة فى الفصلين . لهما أن العقد الثانى عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث . ولأبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره .

قال (وإذا اشترى العبد المأذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لأن فى هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافى فاعتبر عدما فى حكم المرابحة وبقى الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الأول :

قال (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف) لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ، ألا ترى أنه وكيل عنه فى البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح .

قال (ومن اشترى جارية فاعورّت أو وطئها وهى ثيب يبيعها مرابحة ولايبين) لأنه لم يحتبس عنده شىء يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ، ولهذا لوفاتت قبل التسليم لايسقط شىء من الثمن ، وكذا منافع البضع لايقابلها الثمن والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء . وعن أبى يوسف رحمه الله فى الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعى رحمه الله (فأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبى فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) لأنه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شىء من الثمن ، وكذا إذا وطئها وهى بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه .

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشترى فإن شاء رده وإن شاء قبل) لأن للأجل شبها بالمبيع ، ألا يرى أنه يزاد فى الثمن لأجل الأجل والشبهة فى هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت يخير كما فى العيب (وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لأن الأجل لا يقابله شىء من الثمن .

قال (فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء) لأن الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى ، وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا فى العقد ولكنه منجم معتاد ، قيل لابد من بيانه لأن المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حال .

قال (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد)

لجهالة الثمن (فإن أعلمه البائع يعنى فى المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأن الفساد لم يتقرر ، فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر ، فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم فى المجلس وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية .

فصـــل

(ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ، ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لايجوز) رجوعا إلى إطلاق الحديث ، واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله فى محله ، ولا غرر فيه لأن الهلاك فى العقار نادر بخلاف المنقول، والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد ، والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة. قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه فى الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر .

قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لأن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه، بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له ، وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له إذ الذرع وصف فى الثوب بخلاف القدر ، ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشترى لأنه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لأن الكيل من باب التسليم ، لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ، ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين. والصحيح أنه يكتفى به ، لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين فى باب السلم إن شاء الله تعالى ؛ ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روى عنهما لأنه ليس بمال الربا وكالموزون فيما روى عن أبى حنيفة رحمه الله ، لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط .

قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع .

قال (ويجوز للمشترى أن يزيد للبائع فى الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشترى فى المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعى لايصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة . لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا ، لأنه يصير ملكه عوض ملكه ، فلا يلتحق بأصل العقد ، وكذلك الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ . ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ، ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد ، لأن وصف الشىء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل ، لأنه تبديل لأصله لاتغيير لوصفه فلا يلتحق به ، وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة ، ويباشر على الباقى فى الحط وفى الشفعة حتى يأخذ بمابقى فى الحط ، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما فى الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه ، ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشىء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا .

قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه ، ألا يرى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذا مؤقتا. ولوأجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة ، وقد ذكرناه من قبل .

قال (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (إلا القرض) فإن تأجيله لايصح لأنه إعارة وصلة فى الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة ولايملكه من لايملك التبرع كالوصى والصبى ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما فى الاعارة إذ لاجبر فى التبرع ، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة

حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى، والله تعالى أعلم .

باب الربا

قال (الربا محرم فى كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس ، قال رضى الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل : والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا » وعدّ الأشياء الستة : الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ، ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ، ومعنى الأول بيع التمر ، ومعنى الثانى بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه: وعند الشافعى رحمه الله الطعم فى المطعومات والثمنية فى الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص ، والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض : والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة فى النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الأموال التى هى مناط المصالح بها ولاأثر للجنسية فى ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط . ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا فى البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل ، وذلك بالتماثل أوصيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه ؛ ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتا عرفا أو لأن فى اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه الصلاة والسلام « جيدها ورديئها سواء » والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل فى مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدّة الاحتياج إليها دون التضييق فيه ، فلا معتبر بما ذكره ، إذا ثبت هذا نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة فى المعيار؛ ألا ترى إلى مايروى مكان قوله مثلا بمثل : كيلا بكيل وفى الذهب بالذهب وزنا بوزن (وإن تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل) لإهدار التفاوت

فى الوصف (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف ، وعند الشافعى رحمه الله العلة هى الطعم ، ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو فى حكم الحفنة لأنه لاتقدير فى الشرع بما دونه ، ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لايجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية .

قال (وإذا عدم الوصفان : الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة .

والأصل فيه الإباحة ،وإذا وجدا حرم التفاضل والنساءلوجود العلة ،وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا فى هروى أو حنطة فى شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما . وقال الشافعى : الجنس بانفراده لايحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لايثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى . ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا فى المالية فتتحقق شبهة الربا وهى مانعة كالحقيقة إلاأنه إذا أسلم النقود فى الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لايتفقان فى صفة الوزن ، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين ؛ والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لايتعين بالتعيين . ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفى الزعفران وأشباهه لايجوز ؛ فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه ، فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة :

قال (وكل شىء نص رسول الله عليه الصلاة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وإن ترك الناس الكيل فيه كالحنطة والشعير والتمر والملح ، وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهوموزون أبدا وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لأن النص أقوى من العرف والأقوى لايترك بالأدنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لأنها دلالة ، وعن أبى يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هى المنظور إليها وقد تبدلت ، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه مماثلا كيلا لايجوز عندهما وإن

تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام فى الحنطة ونحوها وزنا لوجود الإسلام فى معلوم .

قال (وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزنى) معناه ما يباع بالأواقى لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا ، بخلاف سائر المكاييل ، وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة .

قال (وعقد الصرف ماوقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس) لقوله عليه الصلاة والسلام « الفضة بالفضة هاء وهاء » معناه يدا بيد . وسنبين الفقه فى الصرف إن شاء الله تعالى .

قال (وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولايعتبر فيه التقابض خلافا للشافعى فى بيع الطعام) : له قوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المعروف « يدا بيد » ولأنه إذا لم يقبض فى المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربا . ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين ، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: يدا بيد عينا بعين ، وكذا رواه عبادة بن الصامت ، وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا فى المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل .

قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعى يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر .

قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما) عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله. وقال محمد : لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما ، وإذا بقيت أثمانا لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين . ولهما أن الثمنية فى حقهما تثبت باصطلاحهما ، إذ لاولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما ، وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولايعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد إذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين ، بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالئ بالكالئ وقد نهى عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء .

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما

من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل ، لكن الكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) عند أبى حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه . وعندهما يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود . قلنا معظم المقصود وهو التغذى يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة .

قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبى حنيفة رحمه الله . وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد : إذا باعه بلحم من جنسه لايجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أومن حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم . ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن الحيوان لايوزن عادة ، ولايمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ، ويثقل أخرى بخلاف تلك المسئلة لأن الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير .

قال (يجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا : لايجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه « أو ينقص إذا جف ؟ فقيل نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا إذاً » وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى إليه رطبا « أوكل تمر خيبر هكذا » سماه تمرا ، وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولأنه لوكان تمرا جاز البيع بأول الحديث ، وإن كان غير تمر فبآخره ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » ومدار ماروياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة .

قال (وكذلك العنب بالزبيب) يعنى على هذا الخلاف والوجه مابيناه ، وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لأنه بيع التمر بالتمر ، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أوباليابسة أوالتمر أوالزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لايجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة فى أعدل الأحوال وهو المآل ، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر فى الحال ، وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل فى بيع الرطب

بالتمر لما رويناه لهما . ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد ، وفى الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك ، فيكون تفاوتا فى عين المعقود عليه ، وفى الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم ، فلم يكن تفاوتا فى المعقود عليه فلا يعتبر ؛ ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لايجوز لأن البسر تمر ، بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددى متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة .

قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما فى الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ مافيه من الدهن موزون وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ، ولو لم يعلم مقدار مافيه لايجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة ، والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ، واختلفوا فى القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع .

قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الإبل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس جنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن ، وكذا العراب مع البخاتى .

قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعى رحمه الله : لايجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود . ولنا أن الأصول مختلفة حتى لايكمل نصاب أحدهما بالآخر فى الزكاة فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة .

قال (وكذا خل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ماءيهما ، ولهذا كان عصيراهما جنسين ، وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد .

قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا .

قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عدديا أو موزونا ، فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة . وعن أبى حنيفة أنه لاخير فيه والفتوى على الأول ، وهذا إذا كانا نقدين ، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا ، وإن كان الخبز

نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى، وكذا السلم فى الخبز جائز فى الصحيح ولا خير فى استقراضه عددا أو وزنا عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر . وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل ، وعند أبى يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت فى آحاده .

قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لأن العبد وما فى يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا ، وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين ، فإن كان عليه دين لايجوز بالاتفاق ، لأن ما فى يده ليس ملك المولى عند أبى حنيفة رحمه الله.وعندهما تعلق به حقّ الغرماء فصار كالأجنبى فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه .

قال (ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) خلافا لأبى يوسف والشافعى رحمهما الله . لهما الاعتبار بالمستأمن منهم فى دارنا . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب » ولأن مالهم مباح فى دارهم فبأى طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر ، بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان .

باب الحقوق

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه . ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى . ومن اشترى دارا بحدودها فله العلوّ والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار ، فاسم الدار ينتظم العلوّ لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلوّ من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه ، والبيت اسم لما يبات فيه والعلوّ مثله ، والشىء لايكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لايكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلوّ فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لايدخل فيه بدونه ، وقيل فى عرفنا يدخل العلوّ فى جميع ذلك ، لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو ؛ وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا تدخل الظلة إلا بذكر ماذكرنا عند أبى حنيفة لأنه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحه فى الدار يدخل من غير ذكر شىء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف .

قال (ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير ، وكذا الشرب والمسيل) لأنه خارج المحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع ، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع فلا يتحقق إلا به ، إذ المستأجر لايشترى الطريق عادة ، ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه . أما الانتفاع بالمبيع فممكن بدونه لأن المشترى عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة ، والله تعالى أعلم .

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها ، وإن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له .

أما الإقرار فحجة قاصرة يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الإخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ، ثم قيل يدخل الولد فى القضاء بالأم تبعا ، وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل ، فإن القاضى إذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لاتدخل الزوائد فى الحكم ، فكذا الولد إذا كان فى يد غيره لايدخل تحت الحكم بالأم تبعا .

قال (ومن اشترى عبدا فإذا هو حر وقد قال العبد للمشترى اشترنى فإنى عبد له ، فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شىء ، وإن كان البائع لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايرجع فيهما لأن الرجوع بالمعارضة أو بالكفالة ، والموجود ليس إلا الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبى ذلك أو قال العبد ارتهنى فإنى عبد وهى المسئلة الثانية . ولهما أن المشترى شرع فى الشراء معتمدا على أمره وإقراره أنى عبد إذ القول له فى الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر إلا فيما لايعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه ، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة ، بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم

فيه مع حرمة الاستبدال ، فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة ، وبخلاف الأجنبى لأنه لايعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور. ونظير مسئلتنا قول المولى : بايعوا عبدى هذا فإنى قد أذنت له ، ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته ، ثم فى وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله ، لأن الدعوى شرط فى حرية العبد عنده ، والتناقض يفسد الدعوى ، وقيل إن كان الوضع فى حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم ، وقيل : هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق ، وإن كان الوضع فى الإعتاق فالتناقض لايمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة .

قال (ومن ادعى حقا فى دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعا منها لم يرجع بشىء) لأن للمدعى أن يقول دعواى فى هذا الباقى .

قال (وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شىء رجع بحسابه) لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ، ودلت المسئلة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضى إلى المنازعة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فصل : فى بيع الفضولى

قال : (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ) وقال الشافعى رحمه الله : لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية ، لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية . ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره ، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفع المشترى فثبت للقدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه ، كيف وأن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن فى التصرف النافع .

قال (وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لأن الإجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه ، وإذا أجاز المالك كان الثمن

مملوكا له أمانة فى يده بمنزلة الوكيل لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولى أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه ، بخلاف الفضولى فى النكاح لأنه معبر محض هذا إذا كان الثمن دينا ، فإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيا أيضا ، ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد ، حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا لأنه شراء من وجه ، والشراء لا يتوقف على الإجازة ، ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث فى الفصلين ، لأنه توقف على إجازة الموروث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ، ولو أجاز المالك فى حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة ، لأن الشك وقع فى شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك .

قال (ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشترى ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لايجوز لأنه لاعتق بدون الملك . قال عليه الصلاة والسلام : « لاعتق فيما لا يملك ابن آدم » والموقوف لا يفيد الملك ، ولو ثبت فى الآخرة يثبت مستنداً ، وهو ثابت من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدى الضمان ولاأن يعتق المشترى والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك ، وكذا لايصح بيع المشترى من الغاصب فيمانحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان وكذا لايصح إعتاق المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان . ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولاضرر فيه على مامر فتوقف الإعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشترى من الراهن وكاعتاق الوارث عبداً من التركة وهى مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك ، بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك ، وبخلاف ماإذا كان فى البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يمنع انعقاده فى حق الحكم أصلا ، وبخلاف بيع المشترى من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ، وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشترى منه كذا ذكره هلال رحمه الله ، وهو الأصح .

قال (فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشترى) لأن

الملك قد تمّ له من وقت الشراء ، فتبين أن القطع حصل على ملكه ، وهذه حجة على محمد . والعذر له أن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد فى الرق يكون الأرش للمولى فكذا إذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشترى بخلاف الإعتاق على ما مرّ (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل فى ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك .

قال (فإن باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثانى) لما ذكرنا ،ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة فى البيع الأول والبيع يفسد به ، بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لايؤثر فيه الغرر .

قال (فإن لم يبعه المشترى فمات فى يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الإجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعدّ باقيا ببقاء البدل ، لأنه لا ملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشترى ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه .

قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشترى البينة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض فى الدعوى ، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى (وإن أقرّ البائع بذلك عند القاضى بطل البيع) إن طلب المشترى ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ، وللمشترى أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى .

قال رضى الله عنه : وذكر فى الزيادات أن المشترى إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل ،وفرقوا أن العبد فى هذه المسئلة فى يد المشترى وفى تلك المسئلة فى يد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالما للمشترى .

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخراً ، وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله ، وهى مسئلة غصب العقار ، وسنبينه فى الغصب إن شاء الله تعالى ، والله أعلم بالصواب .

باب السلم

السلم : عقد مشروع بالكتاب ، وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما : أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون ، وأنزل فيها أطول آية فى كتابه وتلا قوله تعالى : يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه - الآية ، وبالسنة وهو ماروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص فى السلم ، والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه . ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه .

قال (وهو جائز فى المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ؛ ثم قيل يكون باطلا ، وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان والعبرة فى العقود للمعانى ، والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب فى محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك .

قال (وكذا فى المذروعات) لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ، ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ، وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض لأن العددى المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت ، بخلاف البطيخ والرمان ، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددى المتقارب . وعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز فى بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده فى المالية ، ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز كيلا لأنه عددى وليس بمكيل . وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ، ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وإنما صار معدودا بالاصطلاح فصير مكيلا باصطلاحهما ؛ وكذا فى الفلوس عددا . وقيل هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان ، ولهما أن الثمنية فى حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا ، وقد ذكرناه من قبل .

(ولا يجوز السلم فى الحيوان) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز لأنه يصير معلوما

ببيان الجنس والسن والنوع والصفة ، والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب . ولنا أنه بعد ذكر ماذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى إلى المنازعة ، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد، وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم فى الحيوان» ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير .

قال (ولا فى أطرافه كالرءوس والأكارع) للتفاوت فيها إذ هو عددى متفاوت لا مقدر لها .

قال (ولا فى الجلود عددا ولا فى الحطب حزما ولا فى الرطبة جرزا) للتفاوت فيها إلا إذا عرف ذلك بأن بين له طول مايشد به الحزمة أنه شبر أوذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لايتفاوت .

قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيمابين ذلك لايجوز) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز إذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها » ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود فى مدة الأجل ليتمكن من التحصيل (ولو انقطع بعد المحل فرب المسلم بالخيار إن شاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده) لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض .

قال (ويجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت.

قال (ولا خير فى السلم فى السمك الطرى إلا فى حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه ينقطع فى زمان الشتاء حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا ، وإنما يجوز وزنا لاعددا لما ذكرنا . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز فى لحم الكبار منها وهى التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم عنده .

قال (ولا خير فى السلم فى اللحم عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لأنه موزون مضبوط الوصف ، ولهذا يضمن

بالمثل ، ويجوز استقراضه وزنا ، ويجرى فيه ربا الفضل ، بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه ، وله أنه مجهول للتفاوت فى قلة العظم وكثرته أو فى سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة ، وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثانى وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به فى وقته . أما الوصف فلا يكتفى به .

قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلا) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز حالا لإطلاق الحديث ورخص فى السلم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » فيما روينا ، ولأنه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على النافى .

قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) لما روينا، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما فى البيع والأجل أدناه شهر ، وقيل ثلاثة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم والأول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره ، لأنه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدى إلى المنازعة ، وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا، فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا فى قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن أبى يوسف رحمه الله .

قال (ولا فى طعام قرية بعينها) أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال « أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه » ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمرانى ببخارى والبساخى بفرغانة .

قال (ولا يصح السلم عند أبى حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط : جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو ردىء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والأصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذى يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة) وقالا : لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه فى موضع العقد فهاتان مسئلتان . ولهما فى الأولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن

والأجرة وصار كثوب . وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل فى المجلس ، فلو لم يعلم قدره لايدرى فى كم بقى أو ربما لايقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى ردّ رأس المال، والموهوم فى هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره . ومن فروعه إذا أسلم فى جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما . ولهما فى الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه ، فيصير نظير أول أوقات الإمكان فى الأوامر وصار كالقرض والغصب . ولأبى حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب ، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة ، وعن هذا قال من قال من المشايخ إن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة ، وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة .

وصورتها : إذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة ، وقيل لايشترط ذلك فى الثمن . والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى . وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء .

قال (وما لم يكن له حمل ومؤنة لايحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع) لأنه لاتختلف قيمته (ويوفيه فى المكان الذى أسلم فيه) قال رضى الله عنه : وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع ، وذكر فى الإجارات أنه يوفيه فى أى مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء ولا وجوب فى الحال ولو عينا مكانا ، قيل لايتعين لأنه لايفيد، وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا .

قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين ، وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وإن كان عينا ، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل، إذ الإعلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ، ولأنه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ، ولهذا قلنا لايصح السلم إذا كان فيه

خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد، بخلاف خيار العيب لأنه لايمنع تمام القبض. ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله، وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعوها فى قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله، فإن أسلم مائتى درهم فى كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم فى حصة الدين باطل) لفوات القبض (ويجوز فى حصة النقد) لاستجماع شرائطه، ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا، وهذا لأن الدين لايتعين فى البيع، ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لايبطل البيع فينعقد صحيحا.

قال (ولا يجوز التصرف فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد، وأما الثانى فلأن المسلم فيه مبيع، والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز.

قال (ولا تجوز الشركة والتولية فى المسلم فيه) لأنه تصرف فيه (فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» أى عند الفسخ ولأنه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه، وهذا لأن الإقالة بيع جديد فى حق ثالث، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه فى المجلس، لأنه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه، وفيه خلاف زفر رحمه الله، والحجة عليه ما ذكرناه.

قال (ومن أسلم فى كر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز) لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان، وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع، لأن العين غير الدين حقيقة، وإن جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع

بعد الشراء وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة ، ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان .

قال (ومن أسلم فى كرّ فأمر ربّ السلم أن يكيله المسلم إليه فى غرائر ربّ السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه فى الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ، ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا ، لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ، ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم إليه وفى الشراء للمشترى لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم إليه وفى الشراء من مال المشترى ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ، ولهذا يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح لأنه نائب عنه فى الكيل والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى ،ولو أمره فى الشراء أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ، ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشترى إن بدأ بالعين صار قابضا . أما العين فلصحة الأمر فيه ، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وإن بدأ بالدين لم يصر قابضا . أما الدين فلعدم صحة الأمر ، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة رحمه الله فينتقض البيع ،وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين. وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه فى المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما .

قال(ومن أسلم جارية فى كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى فعليه قيمتها يوم قبضها ،ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه ،وفى السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه ، وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه ردّ قيمتها (ولو اشترى

جارية بألف درهم ثم تقايلا فاتت فى يد المشترى بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة) لأن المعقود عليه فى البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعدهلاكها فلاتصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله ، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه .

قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم فى كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئا وقال ربّ السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه) لأن ربّ السلم متعنت فى إنكاره الصحة ، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال فى العادة ، وفى عكسه قالوا يجب أن يكون القول لربّ السلم عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا . وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة ، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لأن المسلم إليه متعنت فى إنكاره حقا له وهو الأجل ، والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع فى ردّ رأس المال بخلاف عدم الوصف ؛ وفى عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا له عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لى نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبى حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا ، بخلاف مسئلة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق ، وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة .

قال (ويجوز السلم فى الثياب إذا بين طولا وعرضا ورقعة) لأنه أسلم فى معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وإن كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضا لأنه مقصود فيه (ولا يجوز السلم فى الجواهر ولا فى الخرز) لأن آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفى صغار اللؤلؤ التى تباع وزنا يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم فى اللبن والآجر إذا سمى ملبنا معلوما) لأنه عددى متقارب لاسيما إذا سمى الملبن .

قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لأنه لايفضى إلى

المنازعة (ومالا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لايجوز السلم فيه) لأنه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة (ولابأس بالسلم فى طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وإن كان لايعرف فلا خير فيه) لأنه دين مجهول .

قال (وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للإجماع الثابت بالتعامل، وفى القياس لايجوز لأنه بيع المعدوم . والصحيح أنه يجوز بيعا لاعدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ، ولا يتعين إلا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ، وهذا كله هو الصحيح .

قال (وهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأنه اشترى شيئالم يره ولاخيار للصانع كذا ذكره فى المبسوط ، وهو الأصح لأنه باع مالم يره . وعن أبى حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضا لأنه لايمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره ، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لاخيار لهما . أما الصانع فلما ذكرنا ، وأما المستصنع فلأن فى إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه ربما لايشتريه غيره بمثله ، ولايجوز فيمالاتعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز ، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم، وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، ولو ضربه فيما لاتعامل فيه يصير سلما بالاتفاق . لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ، ويحمل الأجل على التعجيل بخلاف مالاتعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى ، والله أعلم .

مسائل منثورة

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به . وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز بيع الكلب ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إن من السحت مهر البغىّ وثمن الكلب » ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه فكان منتفيا . ولنا وأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية» ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه ، بخلاف الهوام المؤذية لأنه لاينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ، ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع .

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الذى حرم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » ولأنه ليس بمال فى حقنا وقد ذكرناه .

قال (وأهل الذمة فى البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام فى ذلك الحديث « فأعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين .

قال (إلا فى الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال فى اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون ، دل عليه قول عمر رضى الله عنه : ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها .

قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشترى والخمسمائة من الضامن ، وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شىء على الضمين) وأصله أن الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعى رحمه الله ، لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لايستفيد المشترى بها شيئا بأن زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبى

كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة ، فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح ؛ وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح .

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك فى الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وإن لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لأنه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى . وجه الاستحسان أن فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا .

قال (ومن اشترى عبدا فغاب والعبد فى يد البائع وأقام البائع البينة أنه باعه إياه ، فإن كانت غيبته معروفة لم يبع فى دين البائع) لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع ، وفيه إبطال حق المشترى (وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لأن ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذى أقر به مشغولا بحقه ، وإذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضى فيه كالراهن إذا مات والمشترى إذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض ، بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقا به ثم إن فضل شىء يمسك للمشترى لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضا .

قال (فإن كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه ، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله ، وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه . ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقى شىء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن . وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه إلى أن يستوفى حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه .

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية . بمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود فى كل واحد منهما .

قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لايعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يردّ مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لأن حقه فى الوصف مرعى كهو فى الأصل ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف ، لأنه لاقيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ماقلنا . ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوّز به فيما لايجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا فى الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له .

قال (وإذا أفرخ طير فى أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكنس فيها ظبى) لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لأنه أصل الصيد ، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أوشيه وصاحب الأرض لم يعدّ أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السكر أو الدراهم فى ثيابه لم يكن له مالم يكفه أوكان مستعدا له ، بخلاف ماإذا عسل النحل فى أرضه لأنه عدّ من إنزاله فيملكه تبعا لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فى أرضه بجريان الماء ، والله أعلم .

كتاب الصرف

قال (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) سمى به للحاجة إلى النقل فى بدليه من يد إلى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لأنه لايطلب منه إلا الزيادة إذ لاينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا .

قال (فإن باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لايجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفا فى الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا » الحديث ، وقال عليه الصلاة والسلام « جيدها ورديئها سواء » وقد ذكرناه فى البيوع .

قال (ولابدّ من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا ولقول عمر رضى الله عنه :

وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ، ولأنه لابدّ من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ، ثم لابدّ من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ، ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ ، أو لايتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولايتعين الآخر لإطلاق ماروينا ، ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا ،والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا فى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لايبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنه : وإن وثب من سطح فثب معه ، وكذا المعتبر ماذكرناه فى قبض رأس مال السلم ، بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض فيه (وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالورق ربا إلاهاء وهاء » (فإن افترقا فى الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لايصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما لايبقى القبض مستحقا . وبالثانى يفوت القبض المستحق ، إلا إذا أسقط الخيار فى المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ، وفيه خلاف زفر رحمه الله .

قال (ولايجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فى الثوب فاسد) لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفى تجويزه فواته ، وكان ينبغى أن يجوز العقد فى الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لأن الدراهم لاتتعين فينصرف العقد إلى مطلقها : ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لأن البيع لابدّ له منه ولا شىء سوى الثمنين ، فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية ، وبيع المبيع قبل القبض لايجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما فى المسلم فيه .

قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض فى المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا .

قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفى مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة) لأن قبض حصة الطوق واجب فى المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الإتيان بالواجب (وكذا

لو اشتراها بألفى مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق) لأن الأجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك إن باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا ، وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد . قال الله تعالى — يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان — والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله (فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية) لأنه صرف فيها (وكذا فى السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر) لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع فى السقف (وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع فى السيف وبطل فى الحلية) لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ، وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه ، فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله ، وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت .

قال (ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما) لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع .

قال (ولو استحق بعض الإناء فالمشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بحصته وإن شاء رده) لأن الشركة عيب فى الإناء (ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصته ولا خيار له) لأنه لا يضره التبعيض .

قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم وديناربن جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى حنطة وكرى شعير . ولهما أن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأن مقابلة الجملة بالجملة ، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين . والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف ، كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب ، وكذا إذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز فى المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره ، وقال بعتك أحدهما لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع درهما وثوبا

بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما فى مقابلة الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ، وفيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجبه الأصلى وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل ، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ماعدّ من المسائل .

أما مسئلة المرابحة فلأنه يصير تولية فى القلب بصرف الربح كله إلى الثوب ، والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشترى ، وفى الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده ، وفى الأخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد فى حالة البقاء وكلامنا فى الابتداء .

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لأن شرط البيع فى الدرهم التماثل على ما روينا ، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شىء آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية ،وإن لم تبلغ فع الكراهة ،وإن لم يكن له قيمة كالتراب لايجوز البيع) لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا .

قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة إذا باع بعشرة مطلقة . ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا ، والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة ، فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين إذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف ، وفى الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على مانبينه ، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة : وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء وهذا إذا كان الدين سابقا ، فإن كان لاحقا فكذلك فى أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك الجواز .

قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة

ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ، ووجهه تحقق المساواة فى الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة .

قال (وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهى فضة ، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهى ذهب ، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا فى الوزن ، وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا) لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردىء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردىء سواء (وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) اعتباراً للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف (وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس) فهى فى حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر .

قال رضى الله عنه : ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك فى العدالى والغطارفة لأنها أعز الأموال فى ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ، ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص ثم مادامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين ، وإذا كانت لا تروج فهى سلعة تتعين بالتعيين ، وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمة الله عليه : قيمتها يوم البيع . وقال محمد رحمه الله : قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه ، وإذا بقى العقد وجبت القيمة لكن عند أبى يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به ، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقى فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل . وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا كما فى البيع الفاسد .

قال (ويجوز البيع بالفلوس) لأنها مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تتعين لأنها أثمان بالاصطلاح، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعينها (وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذى بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لأنه إعارة وموجبة رد العين معنى والثمنية فضل فيه إذ القرض لايختص به وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليا فانقطع ، لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل ، وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه انظر للجانبين وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر .

قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز) وقال زفر رحمه الله : لا يجوز فى جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وإنها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم ، فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ؛ ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمى فلوس فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لأن مايباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لاوزن الدرهم من الفلوس . وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن فى العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم، قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لا سيما فى ديارنا .

قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى عندهما) لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل فى الكل) لأن الصفقة متحدة والفساد قوى فيشيع وقد مر نظيره ؛ ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان (ولو قال أعطنى نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز) لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس . قال رضى الله عنه: وفى أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كتاب الكفالة

الكفالة هى الضم لغة . قال الله تعالى — وكفلها زكريا — ثم قيل هى ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والأول أصح :

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ؛ فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به) وقال الشافعى رحمه الله : لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى فى ذلك و حاجة ماسة إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم فى المطالبة فيه .

قال (وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفا على مامر فى الطلاق ، وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها ، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح (وكذا إذا قال ضمنته) لأنه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لأنه صيغة الالتزام (أو قال إلى) لأنه فى معنى على فى هذا المقام . قال عليه الصلاة والسلام « ومن ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالا فإلى » (وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لأن الزعامة هى الكفالة وقد روينا فيه ، والقبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة .

قال (فإن شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه فى ذلك الوقت) وفاء بما التزمه (فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم) لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ، ولكن لا يحبسه أول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ؛ ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ، فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق .

قال (وكذا إذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لأنه عاجز فى المدة فيعذر

كالذى أعسر ، ولو سلمه قبل ذلك برئ لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما فى الدين المؤجل .

قال (وإذا أحضره وسلمه فى مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون فى مصر برئ الكفيل من الكفالة) لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة .

قال (وإذا كفل على أن يسلمه فى مجلس القاضى فسلمه فى السوق برئ) لحصول المقصود ، وقيل فى زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لاعلى الإحضار فكان التقييد مفيدا (وإن سلمه فى برية لم يبرأ) لأنه لايقدرعلى المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه فى سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ، ولو سلم فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه ، وعندهما لا يبرأ لأنه قد تكون شهوده فيما عينه ؛ ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه .

قال (وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه ؛ وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ، ولو مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل ، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت .

قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا برىء فدفعه إليه فهو برىء) لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما فى قضاء الدين ؛ ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع ، وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه .

قال (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لأن وجوب المال عليه بالكفالة لاينافى الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق . وقال الشافعى رحمه الله : لاتصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع .

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث إنه التزام ، فقلنا لايصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ، ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف .

قال (ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال فإن مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة .

قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) لأنه علق مالا مطلقا بخطر ، ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه ، ولاتصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان . فلا يجب إحضار النفس ، وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلاتصح بالمال لأنه بناء عليه بخلاف ما إذا بين . ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال فى الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية .

قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لايجبر عليها عنده . وقالا : يجبر فى حد القذف لأن فيه حق العبد وفى القصاص ، لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما فى التعزير بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ؛ ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « لا كفالة فى حد » من غير فصل ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما فى التعزير . (ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع) لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه ، لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به بالتكفيل فيتحقق الضم .

قال (ولايحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضى) لأن الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة : إما العدد ، أو العدالة ، بخلاف الحبس فى باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة ، وذكر فى كتاب أدب القاضى أن على قولهما لا يحبس فى الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة.

قال (والرهن والكفالة جائزان فى الخراج) لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما .

قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لأن موجبه التزام المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق فلايتنافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا إذاكان دينا صحيحا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع) لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالدرك إجماع ، وكفى به حجة ، وصار كما إذاكفل بشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار . وشرط أن يكون دينا صحيحا ومراده أن لا يكون بدل الكتابة ،وسيأتيك فى موضعه إن شاء الله تعالى .

قال (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذى عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله) لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة ، وذلك يقتضى قيام الأول لاالبراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاه الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثانى ، أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك فوضح الفرق .

قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول : مابايعت فلانا فعلىّ أو ماذاب لك عليه فعلىّ أو ما غصبك فعلى ، والأصل فيه قوله تعالى — ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم — والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله : إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله . إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله : إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه ، فأما ما لايصح التعليق بمجردالشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحد منهما أجلا إلا أنه تصح الكفالة ،ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق (فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل

مع يمينه فى مقدار ما يعترف به) لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق فى حق نفسه) لولايته عليها .

قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف فى حق نفسه وفيه نفع للطالب ، ولاضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضى به (فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره (وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) لأنه متبرع بأدائه ، وقوله : رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث ، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا فى الحوالة ، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بماأدى لأنه لم يجب عليه شىء حتى يملك الدين بالأداء ، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل .

قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى عنه) لأنه لايملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية .

قال (فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه مالحقه من جهته فيعامله بمثله (وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لأن براءة الأصيل توجب إبراء الكفيل لأن الدين عليه فى الصحيح (وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه) لأنه تبع ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز (وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الأصل) لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لاحق له إلاالدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه .

قال (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الأصل) لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين ، وهى على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة ، بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس

كثر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لايبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة .

قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلىّ من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بأمره، لأن البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرارا بالأداء فيرجع (وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لأنه براءة لاتنتهى إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء؛ ولو قال : برئت قال محمد رحمه الله: هو مثل الثانى لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لايرجع الكفيل بالشك . وقال أبو يوسف رحمه الله : هو مثل الأول لأنه أقرّ ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء ، وقيل فى جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان إليه لأنه هو المجمل .

قال (ولايجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراءات ، ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق ، ولهذا لايرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل .

قال (وكل حق لايمكن استيفاؤه من الكفيل لاتصح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لابنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه ، وهذا لأن العقوبة لاتجرى فيها النيابة .

قال (وإذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز) لأنه دين كسائر الديون (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا ، والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ؛ ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلا واجبا .

قال (ومن استأجر دابة للحمل عليها ، فإن كانت بعينها لاتصح الكفالة بالحمل) لأنه عاجز عنه (وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة) لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا .

قال (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فى المجلس)وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف آخرا : يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط فى بعض النسخ الإجازة والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا . له أنه تصرف الزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه . ووجه التوقف ماذكرناه فى الفضولى فى النكاح : ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا،والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس (إلا فى مسئلة واحدة ، وهى أن يقول المريض لوارثه : تكفل عنى بما علىّ من الدين ، فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية فى الحقيقة، ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ،ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ؛ ولو قال المريض ذلك لأجنبى اختلف المشايخ فيه .

قال (وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا : تصح) لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى فى حق أحكام الآخرة ؛ ولو تبرع به إنسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه فى الحكم مال لأنه يئول إليه فى المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة ، والتبرع لايعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق .

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لأنه تعلق به حقّ القابض على احتمال قضائه الدين ، فلا تجوز المطالبة مابقى هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعى ولأنه ملكه بالقبض على ماذكر ؛ بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة فى يده (وإن ربح الكفيل فيه فهو له لايتصدق به.) لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه ، وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ماوجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع

خبث نبيته فلا يعمل مع الملك فيما لايتعين وقد قررناه فى البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له فى الحكم) لما بينا أنه ملكه .

قال (وأحب إلىّ أن يرده على الذى قضاه الكرّ ولايجب عليه فى الحكم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع الصغير . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : هو له ولا يرده على الذى قضاه وهو رواية عنه ، وعنه أنه يتصدق به . لهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه فيسلم له . وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به ، وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق فى رواية ويرده عليه فى رواية لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لاجبر لأن الحق له .

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذى ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل : أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة ، سمى به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين . وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل ، ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظراً إلى قوله علىّ وهو فاسد وليس بتوكيل ، وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة مازاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لأنه العاقد .

قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه ، فأقام المدعى البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته) لأن المكفول به مال مقضىّ به ، وهذا فى لفظة القضاء ظاهر وكذا فى الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله : أطال الله بقاءك ، والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه ، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة) وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ماتقدم ، وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لايقضى له بالآخر ، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو

يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لاتمس جانبه ، لأنه نعتمد صحتها قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى إليه ، وفى الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر ، وقال زفر : لايرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل مازعمه .

قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لأن الكفالة لو كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبوله ، ثم بالدعوى يسعى فى نقض ماتم من جهته ، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشترى فيه إذ لايرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع .

قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لأن الشهادة لاتكون مشروطة فى البيع ولا هى بإقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ماتقدم ،قالوا إذا كتب فى الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين .

فصل فى الضمان

قال (من باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أومضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لأن الكفالة التزام المطالبة وهى إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ، ولأن المال أمانة فى أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ، ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك ، بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ، ألا ترى أن للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل .

قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ، ولهذا لاتؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية ، وأما النوائب فإن أريد بها مايكون بحق ككرى النهر المشترك ، وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وإن أريد بها ماليس بحق

كالجبايات فى زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله ، وممن يميل إلى الصحة الإمام على البزدوى ، وأما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو ، وقيل النائبة الموظفة الراتبة، والمراد بالنوائبماينوبه غير راتب ، والحكم مابيناه (ومن قال لآخر لك علىّ مائة إلى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى ، ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل ، وفى الكفالة ماأقرّ بالدين لأنه لادين عليه فى الصحيح وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل فى الديون عارض حتى لايثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار ، أما الأجل فى الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الأصيل ، والشافعى رحمه الله ألحق الثانى بالأول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الأول بالثانى والفرق قد أوضحناه .

قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل ، حتى يقضى له بالثمن على البائع) لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل ، بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يبطل البيع بالاستحقاق ، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق ، وموضعه أوائل الزيادات فى ترتيب الأصل (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها ، بخلاف الدرك لأنه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا ، ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لامحالة ، وهو غير قادر عليه ، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح .

باب كفالة الرجلين

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ، ولا معارضة بين ماعليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثانى مطالبة ، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول ، وفى الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ، ولأنه لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدى إلى الدور (وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شىء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة فى الصحيح : أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك ، والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر ، وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه . وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة ، فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ، ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته الاستواء ، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره .

قال (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقى المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ، ولهذا يأخذ به .

قال (وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين .

قال (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شىء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا

وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الألف عليه ، فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف فى حق صاحبه ، وسنذكره فى المكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة .

قال (ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه مارضى بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق ، وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر ، لأن المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان ، وإذا جاء العتق استغنى عنه ، فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذى أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لأنه مؤدّ عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشىء لأنه أدى عن نفسه ، والله أعلم .

باب كفالة العبد وعنه

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لأن المال حالّ عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب به لعسرته ، إذ جميع مافى يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به فى الحال ، والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ، ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل) لبراءة الأصيل ، كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حرا .

قال (فإن ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها ، وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأول .

قال (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر رحمه الله : يرجع ، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره ، أما كفالته

عن العبد فتصح على كل حال . له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال لمجوزنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لأنه دين ثبت مع المنافى فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ولأنه لو عجز نفسه سقط ، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه فى ذمة الكفيل ، وإثباته مطلقا ينافى معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد . وبدل السعاية كمال الكتابة فى قول أبى حنيفة رحمة الله عليه لأنه كالمكاتب عنده .

كتاب الحوالة

قال (وهى جائزة بالديون) قال عليه الصلاة والسلام « من أحيل على ملىء فليتبع » ولأنه التزم مايقدر على تسليمه فتصح كالكفالة ، وإنما إختصت بالديون لأنها تنبىء عن النقل والتحويل ، والتحويل فى الدين لافى العين .

قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذى ينتقل بها ، والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه ، وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره فى الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه وهو لايتضرر به بل فيه نفعه لأنه لايرجع عليه إذا لم يكن بأمره .

قال (وإذا تمت الحوالة برىء المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر رحمة الله عليه : لا يبرأ اعتبارا بالكفالة ، إذ كل واحد منهما عقد توثق . ولنا أن الحوالة النقل لغة ، ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لايبقى فيها ، أما الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية والتوثق باختيار الإملاء والأحسن فى القضاء ، وإنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعا .

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعى رحمة الله عليه : لايرجع وإن توى لأن البراءة قد حصلت مطلقة فلا تعود إلابسبب جديد . ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود ، أو تنفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة فى المبيع ،

قال (والتوى عند أبى حنيفة رحمه الله أحد الأمرين : إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا) لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما ، وهو التوى فى الحقيقة (وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث ، وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) وهذا بناء على أن الإفلاس لايتحقق بحكم القاضى عنده خلافا لهما لأن مال الله غاد ورائح .

قال (وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله إلا بحجة وكان عليه مثل الدين) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ، ولا تكون الحوالة إقرارا منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه .

قال (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لى ، وقال المحتال لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل) لأن المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه .

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء ، فإن هلكت برئ) لتقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب لأن الفوات إلى خلف كلا فوات ؛ وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا ، وحكم المقيدة فى هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل ، وهذا لأنه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ما عنده .

قال (ويكره السفاتج، وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن قرض جرّ نفعا .

كتاب أدب القاضى

قال (ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء ، والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغى أن يقلد كما فى حق الشهادة ، فإنه لاينبغى أن يقبل القاضى شهادته ولو قبل جاز عندنا ، ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله . وقال الشافعى : الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده ، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله فى النوادر أنه لا يجوز قضاؤه . وقال بعض المشايخ رحمهم الله : إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق ، لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا ؟ قيل لا ، لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد كل الجهد فى إصابة الحق حذرا عن النسبة إلى الخطأ ، وأما الثانى فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية ، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعى رحمه الله . هو يقول : إن الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العلم . ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه ، وينبغى للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه .

وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها .

قال (ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدى فرضه) لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف .

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كيلا

يصير شرطا لمباشرته القبيح : وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام « من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا فى إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطىء ظنه ولا يوفق له أو لايعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره ؛ فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد .

قال (وينبغى أن لايطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام « من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده » ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم (ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته ، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا إلا إذا كان لايمكنه من القضاء بحق لأن المقصود لايحصل بالتقلد بخلاف ما إذا كان يمكنه .

قال (ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضى الذى كان قبله) وهو الخرائط التى فيها السجلات وغيرها لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل فى يد من له ولاية القضاء ؛ ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا إذا كان من مال الخصوم فى الصحيح ، لأنهم وضعوها فى يده لعمله وقد انتقل إلى المولى ، وكذا إذا كان من مال القاضى هو الصحيح لأنه اتخذه تدينا لاتمولا ، ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ، ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها فى خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام .

قال (وينظر فى حال المحبوسين) لأنه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر فى أمره) لأن فعل القاضى المعزول حق ظاهرا ، فلا يعجل كيلا يؤدى إلى إبطال حق الغير (وينظر فى الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو فى يده) لأن كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (إلا أن يعترف الذى هو فى يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها) لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضى فيصح إقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال إلا إذا

جدأ بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم مافى يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ، ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي .

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد) كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين ، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر . وقال الشافعي رحمه الله : يكره الجلوس فى المسجد للقضاء ،لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهى ممنوعة عن دخوله : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم » وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة فى معتكفه ، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ، ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها فى المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك فى اعتقاده لافى ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة فى الدابة . ولوجلس فى داره لابأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن فى جلوسه وحده تهمة .

قال (ولايقبل هدية إلا من ذى رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرىٌ على العادة ، وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته ، وكذا إذا زاد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ، ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ، ويدخل فى هذا الجواب قريبه وهو قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية، والخاصة مالو علم المضيف أن القاضي لايحضرها لايتخذها .

قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين « قال عليه الصلاة والسلام « للمسلم على المسلم ستة حقوق » وعد منها هذين » (ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة .

قال (وإذا حضرا سوّى بينهما فى الجلوس والإقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بينهم فى المجلس والإشارة والنظر » (ولا يسارّ أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك فى وجه أحدهما) لأنه يجترىء على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لأنه يذهب بمهابة القضاء .

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له : أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم . واستحسنه أبو يوسف فى غير موضع التهمة ، لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل .

فصل فى الحبس

قال (وإذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لأن الحبس جزاء المماطلة فلابد من ظهورها ، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة فلعله طمع فى الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره

قال (فإن امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لأنه إذا حصل المال فى يده ثبت غناه به ، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه ، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله .

قال (ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إنى فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعى إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ، ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال . وفى النفقة القول قول الزوج إنه معسر ، وفى إعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قاله فى الكتاب إنه ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق ، وكذا عند أبى حنيفة ضمان الإعتاق ، ثم فيما كان القول قول المدعى إن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه ، فالحبس لظهور ظلمه فى الحال ، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر ، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه .

قال (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضىّ المدة لأنه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ؛ ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية ، وعلى الثانية عامة المشايخ . قال فى الكتاب : خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام فى الملازمة وسنذكره فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى . وفى الجامع الصغير رجل أقرّ عند القاضى بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد حبسه وإن كان معسراً خلى سبيله ، ومراده إذا أقرّ عند غير القاضى أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أوّلا ومدته قد بيناه فلا نعيده .

قال (ويحبس الرجل فى نفقة زوجته) لأنه ظالم بالامتناع (ولا يحبس الوالد فى دين ولده) لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) لأن فيه إحياء لولده ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضىّ الزمان ، والله أعلم بالصواب .

باب كتاب القاضى إلى القاضى

قال (ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق إذا شهد به عنده) للحاجة على ما نبين (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لأن القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب إليه بها ، وهذا هو الكتاب الحكمى ، وهو نقل الشهادة فى الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله ، وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة ، وقوله فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة ، لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ، ويقبل فى العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد ، ولا يقبل فى الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة ، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقبل فى العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها . وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعها ؛ وعن محمد رحمه الله أنه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله .

قال (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لأن الكتاب يشبه

الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة ، بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم ، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي ، لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية .

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم) كيلا يتوهم التغيير ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ، ولهذا يدفع إليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً : شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه . وعن أبي يوسف رحمه الله أن الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء ، وليس الخبر كالمعاينة . واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف رحمه الله .

قال (فإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم) لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره ، بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم .

قال (فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح ، والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لأنه التحق بواحد من الرعايا ، ولهذا لا يقبل إخباره قاضيا آخر في غير عمله أو في غير عملهما ، وكذلك لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعا وهو معرف ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لأنه غير معرف ، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) لأن

فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولأن مبناهما على الإسقاط ، وفى قبوله سعى فى إثباتهما .

فصل آخر

(ويجوز قضاء المرأة فى كل شيء إلا فى الحدود والقصاص) اعتباراً بشهادتهما فيهما وقد مرّ الوجه (وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذنا فى الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ، ولو قضى الثانى بمحضر من الأوّل أو قضى الثانى فأجاز الأوّل جاز كما فى الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأى الأوّل وهو الشرط . وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح .

قال (وإذا رفع إلى القاضى حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولا لا دليل عليه . وفى الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) والأصل أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول ، وقد يرجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن كان عامداً ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين . وعندهما لا ينفذ فى الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى . ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا ، والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف ، والمعتبر الاختلاف فى الصدر الأول .

قال (وكل شيء قضى به القاضى فى الظاهر بتحريم فهو فى الباطن كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى بإحلال وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهى مسئلة قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت فى النكاح .

قال (ولا يقضى القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز لوجود الحجة وهى البينة فظهر الحق . ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الإنكار ولم يوجد ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة ، ولو أنكر ثم غاب فكذلك الجواب لأن الشرط علم

الإنكار وقت القضاء ، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ، ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي ، وقد يكون حكما بأن كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر ، وهذا في غير صورة في الكتب . أما إذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب ، وقد عرف تمامه في الجامع .

قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه .

(وإن أقرض الوصيّ ضمن) لأنه لا يقدر على الاستخراج ، والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج .

باب التحكيم

(وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة ، والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعا (وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه (وإن خالفه أبطله) لأن حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه .

(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لأنه لا ولاية لهما على دمهما ، ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما . قالوا : وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما ، وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به ، ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه ، وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ، لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم ، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف النص أيضا إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله .

(ويجوز أن يسمع البينة ويقضى بالنكول وكذا بالإقرار) لأنه حكم مرافق للشرع ، ولوأخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لأن الولاية قائمة ، ولو أخبر بالحكم لايقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل .

(وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل ، والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم ، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأى ، والله أعلم بالصواب .

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالا : يصنع ما لايضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه ، قيل ماحكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله فلا خلاف ، وقيل الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف فى ملكه والملك يقتضى الإطلاق والحرمة بعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجز المنع ، والأصل عنده الحظر لأنه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض ، فإذا أشكل لايزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه .

قال (وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة ، وهى غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا فى الزائغة القصوى) لأن فتحه للمرور ولا حق لهم فى المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة ، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لامن فتح الباب لأنه رفع بعض جداره . والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور فى كل ساعة ولأنه عساه يدعى الحق فى القصوى بتركيب الباب (وإن كانت مستديرة قدلزق طرفاها فلهم أن يفتحوا بابا) لأن لكل واحد منهم حق المرور فى كلها ، إذ هى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار منها .

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز

وهى مسئلة الصلح على الإنكار) وسنذكرها فى الصلح إن شاء الله تعالى . والمدعى وإن كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة فى الساقط فلا تفضى إلى المنازعة على ما عرف .

قال (ومن ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له فى وقت كذا فسئل البينة فقال جحدنى الهبة فاشتريتها منه وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته) لظهور التناقض ، إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ، ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضا ذكره فى بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا ، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملكه عندها .

(ومن قال لآخر : اشتريت منى هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها) لأن المشترى لما جحده كان فسخا من جهته ، إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا ، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل ، وهو إمساك الجارية ونسلها وما يضاهيه ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه .

قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق) وفى بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا . ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوّز به فى الصرف والسلم جاز ، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق ، والنبهرجة كالزيوف وفى الستوقة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز . والزيف ما زيفه بيت المال . والنبهرجة ما يرده التجار . والستوقة ما يغلب عليه الغش .

قال (ومن قال لآخر لك علىّ ألف درهم فقال ليس لى عليك شىء ثم قال فى مكانه بل لى عليك ألف درهم فليس عليه شىء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه ، بخلاف ما إذا قال لغيره : اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه ، لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد ، والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق . أما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا .

قال (ومن ادعى على آخر مالا فقال : ما كان لك علىّ شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الإبراء ، وقال زفر رحمه الله : لا تقبل ، لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا . ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ، ألا ترى أنه يقال قضى بباطل ، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا إذا قال ليس لك علىّ شيء قط لأن التوفيق أظهر (ولو قال : ما كان لك علىّ شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق ، لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة . وذكر القدورى رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق .

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال : لم أبعها منك قط فأقام المشترى البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل إعتبارا بما ذكرنا . ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر .

قال (ذكر حق كتب فى أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولى مافيه إن شاء الله تعالى ، أوكتب فى شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إن شاء الله تعالى هو على الخلاص ، وعلى من قام بذكر الحق ، وقولهما استحسان ذكره فى الإقرار) لأن الاستثناء ينصرف إلى مايليه لأن الذكر للاستيثاق ، وكذا الأصل فى الكلام الاستبداد . وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف ، فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ، ولو ترك فرجة قالوا لايلتحق به ويصير كفاصل السكوت ، والله أعلم بالصواب .

فصل فى القضاء بالمواريث

قال (وإذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت : أسلمت بعد موته وقالت الورثة : أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله : القول قولها ، لأن

الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان ثابت فى الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة ، وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت : أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضاً) ولا يحكم الحال ، لأن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه . أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا .

قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع : هـذا ابن الميت لاوارث له غيره فإنه يدفع المال إليه) لأنه أقر أن مافى يده حق الوارث خلافة ، فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى ّ أصالة ، بخلاف ماإذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لايؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع إذ هو حى فيكون إقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته ، بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض ، لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه (ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأوّل ليس له ابن غيرى قضى بالمال للأوّل) لأنه لما صح إقراره للأوّل انقطع يده عن المال فيكون هذا إقرارا على الأول ، فلا يصح إقراره للثانى كما إذا كان الأول ابنا معروفا ، ولأنه حين أقر للأول لامكذب له فصح وحين أقر للثانى مكذب فلم يصح .

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لايؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا : يؤخذ الكفيل . والمسئلة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لانعلم له وارثا غيره . لهما أن القاضى ناظر للغيب . والظاهر أن فى التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله . ولأبى حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل ، كمن أثبت الشراء ممن فى يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فى دينه لايكفل ، ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء ، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان . والأصح أنه على الخلاف ، وقيل إنه دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غـير

ثابت ، ولهذا كان له أن يمنع ، وقوله ظلم : أى ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطىء ويصيب لا كما ظنه البعض .

قال (وإذا كانت الدار فى يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر فى يد الذى هى فى يده ، ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إن كان الذى هى فى يده جاحدا أخذ منه وجعل فى يد أمين ، وإن لم يجحد ترك فى يده) لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال فى يده ، بخلاف المقر لأنه أمين ، وله أن القضاء وقع للميت مقصودا ، واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضى والظاهر عدم الجحود فى المستقبل لسيرورة الحادثة معلومة له وللقاضى ، ولو كانت الدعوى فى منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق ، لأنه محتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه ، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الأم والأخ والعمّ على الصغير ، وقيل المنقول على الخلاف أيضا ، وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضى إنما نصب لقطعها لا لإنشائها ، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء ، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له عليه دينا كان أو عينا ، لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت فى الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك ، بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه ، فلا يصلح نائبا عن غيره ، ولهذا لا يستوفى إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل فى يده ذكره فى الجامع لأنه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما فى يده .

قال (ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شىء) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل ، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما فى الوصية .

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال . أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهى ، فلا تختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة . أما الوصية

فقع فى حال الاستغناء فينصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبى يوسف رحمه الله ، لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة فى العشرية راجحة عنده . وعند محمد رحمه الله لاتدخل لأنها سبب المؤنة ، إذ جهة المؤنة راجحة عنده ، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يمتحض مؤنة ، ولو قال ماأملكه صدقة فى المساكين فقد قيل : يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال ، والمقيد إيجاب الشرع ، وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص فى لفظ الملك فبقى على العموم ، والصحيح أنهما سواء ، لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على مامر ، ثم إذا لم يكن له مال سوى مادخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ، ثم إذا أصاب شيئا تصدق بمثل ماأمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد رحمه الله بشىء لاختلاف أحوال الناس فيه . وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم إلى المال ، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر مايرجع إليه ماله .

قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصى والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايجوز فى الفصل الأول أيضا ، لأن الوصاية إنابة بعد الموت ، فتعتبر بالإنابة قبله وهى الوكالة . ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما فى تصرفه الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم ، وهذا لأنه لو توقف على العلم لايفوت النظر لقدرة الموكل ، وفى الأول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لأنه إثبات حق لاإلزام أمر .

قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية . وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه ، فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف الأول وبخلاف رسول الموكل ، لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال . وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر إلينا .

قال (وإذا باع القاضى أوأمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى ، والقاضى قائم مقام الإمام ، وكل واحد منهم لايلحقه

ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشترى على الغرماء، لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد محجورا عليه ، ولهذا يباع بطلبهم (وإن أمر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى على الوصى) لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضى عنه فصار كما إذا باعه بنفسه .

قال (ورجع الوصى على الغرماء) لأنه عامل لهم ، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا : ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا لأنه لحقه فى أمر الميت ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له .

فصل آخر

(وإذا قال القاضى : قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه ،أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد أنه رجع عن هذا، وقال : لاتأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن ، وعلى هذه الرواية لايقبل كتابه ، واستحسن المشايخ هـــذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة فى زماننا إلا فى كتاب القاضى للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الأمر واجبة ، وفى تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور رحمه الله : إن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما لايقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة .

قال (وإذا عزل القاضى فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضى ، وكذا لو قال قضيت بقطع يدك فى حق هذا إذا كان الذى قطعت يده والذى أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له إذ القاضى لايقضى بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضى .

(ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضى لا يضمن أيضا) لأنه فعله فى حال القضاء ودفع القاضى صحيح كما إذا كان معاينا .

(ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول القاضى أيضا) وهو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا .

(ولو أقر القاطع أو الآخذ فى هذا الفصل بما أقرّ به القاضى يضمنان) لأنهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق (ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقرّ بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو ادعى أنه فعله فى غير قضائه يؤخذ منه) لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة .

كتاب الشهادات

قال (الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعى) لقوله تعالى — ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا — وقوله تعالى — ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه — وإنما يشترط طلب المدعى لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق .

(والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار) لأنه بين حسبتين : إقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر أفضل) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى شهد عنده : « لو سترته بثوبك لكان خيرا لك » وقال عليه الصلاة والسلام « من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة » وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر (إلا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة فيقول أخذ) إحياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع، والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه .

(والشهادة على مراتب : منها الشهادة فى الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى — واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم — ولقوله تعالى — ثم لم يأتوا بأربعة شهداء — (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهرى « مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء »

فى الحدود والقصاص ، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى – واستشهدوا شهيدين من رجالكم – (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا .

قال (وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال) مثل : النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والعدة ، والحوالة ، والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك . وقال الشافعى : لاتقبل شهادة النساء مع الرجال إلافى الأموال وتوابعها، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل فى الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها قبلت فى الأموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا . ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة ، وهو المشاهدة والضبط والأداء إذ بالأول يحصل العلم للشاهد وبالثانى يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضى ، ولهذا يقبل إخبارها فى الأخبار ، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ، فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن .

قال (وتقبل فى الولادة والبكارة والعيوب بالنساء فى موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه » والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل ، وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى اشتراط الأربع ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام (ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى الطلاق) .

وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل فى العنين سنة ويفرق بعدها لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل ، وكذا فى ردّ المبيعة إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع . وأما شهادتهن على استهلال الصبى لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى حق الإرث ، لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا فى حق الصلاة لأنها من أمور الدين . وعندهما تقبل فى حق الإرث أيضا ، لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة .

قال (ولا بدّ فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة ، فإن لم يذكر الشاهد لفظة شهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى — ممن ترضون من الشهداء — والمرضىّ من الشاهد هو العدل ، ولقوله تعالى — وأشهدوا ذوى عدل منكم — ولأن العدالة هى المعينة للصدق لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه : وعن أبى يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته، ويمتنع عن الكذب لمروءته ، والأول أصح إلا أن القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا ؛ وقال الشافعى رحمه الله : لا يصح والمسئلة معروفة .

وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ، ولأن فيها زيادة توكيد ، فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشدّ ، وقوله فى ذلك كله إشارة إلى جميع ماتقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها شهادة لما فيه من معنى الإلزام ، حتى اختص بمجلس القضاء ، ولهذا يشترط فيه الحرية والإسلام .

(قال أبو حنيفة رحمه الله : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا فى قذف » ومثل ذلك مروى عن عمر رضى الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع (إلا فى الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود) لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة وإن طعن الخصم فيهم سأل عنهم فى السرّ والعلانية لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا بد أن يسأل عنهم فى السرّ والعلانية فى سائر الحقوق) لأن القضاء مبناه على الحجة وهى شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان : وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ، والفتوى على قولهما فى هذا الزمان .

قال (ثم التزكية فى السرّ أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل) كل ذلك فى السرّ كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (وفى العلانية لابد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفى شبهة تعديل غيره ، وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الأول ووقع الاكتفاء فى السرّ فى زماننا تحرزا عن الفتنة ، ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ، ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو حرّ عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل ، وقيل يكتفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح .

قال (وفى قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل) معناه قول المدعى عليه . وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله يضم تزكية الآخر إلى تزكيته ، لأن العدد عنده شرط . ووجه الظاهر أن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى إنكاره مبطل فى إصراره فلا يصلح معدلا . وموضوع المسئلة إذا قال : هم عدول إلا أنهم أخطئوا أو نسوا ، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق .

قال (وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا يجوز إلا اثنان والمراد منه المزكى ، وعلى هذا الخلاف رسول القاضى إلى المزكى والمترجم عن الشاهد . له أن التزكية فى معنى الشهادة ، لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية ، فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه ، وتشترط الذكورة فى المزكى فى الحدود والقصاص . ولهما أنه ليس فى معنى الشهادة ، ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء ، واشتراط العدد أمر حكمى فى الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط أهلية الشهادة فى المزكى فى تزكية السر) حتى صلح العبد مزكيا ، فأما فى تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء ، قالوا يشترط الأربعة فى تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله .

فصـــل

(وما يتحمله الشاهد على ضربين : أحدهما : ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وإن لم يشهد عليه) لأنه علم ما هو الموجب بنفسه ، وهو الركن فى إطلاق الأداء . قال الله تعالى — إلا من شهد بالحق وهم يعلمون — وقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » .

قال (ويقول أشهد إنه باع ولا يقول أشهدنى) لأنه كذب (ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ، ولو فسر للقاضى لا يقبله) لأن النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم (إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس

فى البيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد) لأنه حصل العلم فى هذه الصورة (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة ، فإذا سمع شاهدا يشهد بشىء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها) لأن الشهادة غير موجبة بنفسها وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لأنه ماحمله وإنما حمل غيره .

(ولايحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة) لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم ، قيل هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله . وعندهما يحل له أن يشهد ، وقيل هذا بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضى شهادته فى ديوانه أو قضيته لأن مايكون فى قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة فى الصك لأنه فى يد غيره ، وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذى كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت .

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه إلا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لاتجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع . وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام ، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب : ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم ، وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح ، وينبغى أن يطلق أداء الشهادة ولايفسر ، أما إذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد فى الإملاك تطلق الشهادة ، ثم إذا فسر لاتقبل كذا هذا ، وكذا لو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا ، وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج ،كما إذا رأى عينا فى يد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب

على هذه الأشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف . وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز فى الولاء لأنه بمنزلة النسب، لقوله عليه الصلاة والسلام والولاء لحمة كلحمة النسب ، وعن محمد رحمه الله أنه يجوز فى الوقف ، لأنه يبقى على مر الأعصار إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه ، وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع فى أصله دون شرائطه ، لأن أصله هو الذى يشتهر .

قال (ومن كان فى يده شىء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له) لأن اليد أقصى مايستدل به على الملك إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها فيكتفى بها . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له ، قالوا : ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد رحمه الله فى الرواية فيكون شرطا على الاتفاق .

وقال الشافعى رحمه الله : دليل الملك اليد مع التصرف ، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك . قلنا والتصرف يتنوع أيضا إلى نيابة وأصالة . ثم المسئلة على وجوه : إن عاين المالك الملك حل له أن يشهد ، وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا ، لأن النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته ، وإن لم يعاينها أو عاين المالك دون الملك لا يحل له .

وأما العبد والأمة فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك لأن الرقيق لا يكون فى يد نفسه ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما ، وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء ، لأن لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه ، والله أعلم بالصواب .

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر رحمه الله : وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع ، لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه . وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله : يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على

الميت . ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ، ولو عمى بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق ، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت

قال (ولا المملوك) لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره (ولا المحدود في القذف وإن تاب) لقوله تعالى — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — ولأنه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غير القذف ، لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة . وقال الشافعي رحمه الله : تقبل إذا تاب لقوله تعالى — إلا الذين تابوا — استثنى التائب .

قلنا : الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى — وأولئك هم الفاسقون — أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد ، ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق .

قال (ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره » ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ، ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة .

قال : والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا شهادة للقانع بأهل البيت » وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها .

قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله : تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة ، ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما

ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما فى الغريم إذا شهد لمديونه المفلس » ولنا ماروبناه ، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين ، لأن الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه) لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم فى مال البعض .

قال (ولا تقبل شهادة مخنث) ومراده المخنث فى الردىء من الأفعال لأنه فاسق ، فأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لأنهما يرتكبان محرما « فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية » .

قال (ولا مدمن الشرب على اللهو) لأنه ارتكب محرم دينه (ولا من يلعب بالطيور) لأنه يورث غفلة ، ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره ، وفى بعض النسخ : ولا من يلعب بالطنبور وهو المغنى .

قال (ولا من يغنى للناس) لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة .

قال (ولا من يأتى بابا من الكبائر التى يتعلق بها الحد) للفسق .

قال (ولا من يدخل الحمام من غير إزار) لأن كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) لأن كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما ، فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لأن للاجتهاد فيه مساغا ، وشرط فى الأصل أن يكون آكل الربا مشهورا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا .

قال (ولا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق والأكل على الطريق) لأنه تارك للمروءة ، وإذا كان لا يستحى عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية) وقال الشافعى رحمه الله : لا تقبل ، لأنه أغلظ وجوه الفسق . ولنا أنه

فسق من حيث الاعتقاد ، وما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك ، بخلاف الفسق من حيث التعاطى .

أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم ، وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة فى شهادتهم لظهور فسقهم .

قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم) وقال مالك والشافعى رحمهما الله : لا تقبل لأنه فاسق ، قال الله تعالى ـ والكافرون هم الظالمون ـ فيجب التوقف فى خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد . ولنا ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه ، والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب مايعتقده محرم دينه ، والكذب محظور الأديان كلها ، بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمى على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول .

قال (ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى) أراد به ـ والله أعلم ـ المستأمن لأنه لا ولاية له عليه ، لأن الذمى من أهل دارنا وهو أعلى حالا منه ، وتقبل شهادة الذمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمى (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة ، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ، ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمى لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن (وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألمّ بمعصية) هذا هو الصحيح فى حد العدالة المعتبرة إذ لا بد من توقى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا ، فأما الإلمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لأن فى اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح إحياء للحقوق .

قال (وتقبل شهادة الأقلف) لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافا بالدين ، لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلا (والخصى) لأن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولأنه قطع عضو منه ظلما فصار كما إذا قطعت يده (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم .

وقال مالك رحمه الله : لا تقبل فى الزنا لأنه يجب أن يكون غيره كثله فيهم . قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام فى العدل .

قال (وشهادة الخنثى جائزة) لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم . وقيل العامل إذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبى يوسف رحمه الله فى الفاسق، لأنه لوجاهته لايقدم على الكذب حفظا للمروءة ، ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة .

قال (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا وإن أنكر الوصى لم يجز) وفى القياس لايجوز وإن ادعى ، وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما . وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه . وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى إذا كان طالبا والموت معروف؛ فيكفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شىء فصار كالقرعة ، والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما ، بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هى الموجبة ، وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما فى حقهما (وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أوأنكره لاتقبل شهادتهما) لأن القاضى لايملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لمكان التهمة .

قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح مجرد ولايحكم بذلك) لأن الفسق مما لايدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الإلزام ولأنه هتك السر والستر واجب والإشاعة حرام ، وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (إلا إذا شهدوا على إقرار المدعى بذلك تقبل) لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم .

قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لأنه شهادة على جرح مجرد ، والاستئجار وإن كان أمرا زائدا عليه فلا خصم فى إثباته لأن المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه ، حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة

دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده تقبل لأنه خصم فى ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه ؛ وكذا إذا أقامها على أنى صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علىّ بهذا الباطل ، وقد شهدوا وطالبهم بردّ ذلك المال ، ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل .

قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى ، فإن كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت : أى أخطأت بنسيان ما كان يحق علىّ ذكره أو بزيادة كانت باطلة . ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه فى أوانه وهو عدل ، بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال : أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ، ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك إذا اختلف ، وعلى هذا إذا وقع الغلط فى بعض الحدود أو فى بعض النسب ، وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك ، وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس إذا كان عدلا ، والظاهر ما ذكرناه والله أعلم .

باب الاختلاف فى الشهادة

قال (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل) لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها .

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة رحمه الله ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده . وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث : لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة . ولأبى حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا ، وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال .

قال (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدّعى يدعى ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر ، لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين (وإن قالَ المدعى لم يكن لى عليه إلا الألف فشهادة الذى شهد بالألف والخمسمائة باطلة) لأنه كذبه المدعى فى المشهود به وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلابد من التوفيق ، ولو قال : كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكنى استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه .

قال (وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله أنه قضاه) لأنه شهادة فرد (إلا أن يشهد معه آخر) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة ، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة وجوابه ماقلنا .

قال (وينبغى للشاهد) إذا علم بذلك (أن لايشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة) كيلا يصير معينا على الظلم (وفى الجامع الصغير : رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على مابينا ، وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لاتقبل وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعى أكذب شاهد القضاء . قلنا هذا إكذاب فى غير المشهود به الأول وهو القرض ومثله لايمنع القبول .

قال (وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى (فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل) لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية .

(وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا فى لونها قطع ، وإن قال أحدهما بقرة والآخر ثورا لم يقطع) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا لايقطع فى الوجهين) جميعا ، وقيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لافى السواد والبياض ، وقيل هو فى جميع الألوان . لهما أن السرقة فى السوداء غيرها فى البيضاء ، فلم يتم على كل فعل

نصاب الشهادة ، وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم فصار كالذكورة والأنوثة وله أن التوفيق ممكن ، لأن التحمل فى الليالى من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فى واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده ، بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والأنوثة لا يجتمعان فى واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه .

قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ، ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ، ولم يتم العدد على كل واحد ، ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لأن المقصود هو العقد إن كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب (وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه وإن كانت الدعوى من جانب آخر ، فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن إن كان المدعى هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين ، وفى الاجارة إن كان ذلك فى أول المدة فهو نظير البيع ، وإن كان بعد مضى المدة والمدعى هو الآخر فهو دعوى الدين .

قال (فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا وقالا : هذا باطل فى النكاح أيضا) وذكر فى الأمالى قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة رحمهما الله . لهما أن هذا اختلاف فى العقد ، لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع . ولأبى حنيفة رحمه الله أن المال فى النكاح تابع ، والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت، ثم إذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ، ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما فى الصحيح ، ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هى المدعية ، وفيما إذا كان المدعى هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد، وقيل الاختلاف فى الفصلين وهذا أصح ، والوجه ما ذكرناه والله أعلم .

فصل فى الشهادة على الإرث

قال (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها وأودعها الذى هى فى يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لايقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافا لأبى يوسف رحمه الله. هو يقول إن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان إن ملك الوارث متجدد فى حق العين حتى يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل الوارث الغنى ماكان صدقة على المورث الفقير ، فلابد من النقل إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده على ما نذكره إن شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد فى مسئلة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجر والنقل (وإن شهدوا أنها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده جازت الشهادة) لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وإن قالوا لرجل حى نشهد أنها كانت فى يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعى. وجه الظاهر وهو قولهما إن الشهادة قامت بمجهول، لأن اليد منقضية وهى متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف ، وبخلاف الآخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ، ولأن يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به ، وليس الخبر كالمعاينة (وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعى) لأن الجهالة فى المقر به لاتمنع صحة الإقرار (وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت فى يد المدعى دفعت إليه) لأن المشهود به ههنا الإقرار وهو معلوم .

باب الشهادة على الشهادة

قال (الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق لايسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت

إلاأن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث إن فيها زيادة احتمال ، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص .

(وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال الشافعي رحمه الله : لايجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين .

ولنا قول على رضى الله عنه : لايجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولأنه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة .

(وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع : أشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى بكذا وأشهدنى على نفسه) لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر ولابد أن يشهد كما يشهد عند القاضى لينقله إلى مجلس القضاء (وإن لم يقل أشهدنى على نفسه جاز) لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له أشهد (ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لى أشهد على شهادتى بذلك) لأنه لابد من شهادته ، وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور أوسطها (ومن قال أشهدنى فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى) لأنه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعا حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لأنه لابد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة فيظهر تحميل ماهو حجة .

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلاأن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لايستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز ، وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم ، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه إن كان فى مكان لو غدا لأداء الشهادة لايستطيع أن يبيت فى أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث .

قال (فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز) لأنهم من أهل التزكية (وكذا إذا شهد شاهدان فعدّل أحدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الأمر أن فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في حق نفسه ، وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة .

قال (وإن سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله : لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ،ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا .

قال (وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقال أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة ، وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت ، والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلابد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده .

قال (وكذا كتاب القاضي إلى القاضي) لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها) وهي القبيلة الخاصة وهذا لأن التعريف لابد منه في هذا ، ولا يحصل بالنسبة إلى العامة وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة ، وقيل السمرقندية والبخارية عامة ، وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة ، ثم التعريف ، وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى والله أعلم .

فصـــل

(قال أبوحنيفة رحمه الله : شاهد الزور أشهره فى السوق ولا أعزره . وقالا : نوجعه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله ، لما مار وى عن عمر رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ، ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد ، وليس فيها حد مقدر فيعزر ، وله إن شريحا كان يشهره ولا يضرب ، ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة فى الزجر ، ولـكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجـــه وحديث عمر رضى الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ، ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر أجمع ماكانوا ؛ ويقول إن شريحا يقرأ عليكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمـــه الله أنه يشهر عندهما أيضا ، والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضى عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه فى الحدود .

(وفى الجامع الصغير : شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا ، وقالا : يعزران) وفائدته : أن شاهد الزور فى حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فأما لاطريق إلى إثبات ذلك بالبينة ، لأنه نفى للشهادة والبينات للاثبات ، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال (وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضى لايقضى بكلام متناقض (ولا ضمان عليهما) لأنهما ما أتلفا شيئا لاعلى المدعى ولا على المدعى عليه (فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ، ولأنه فى الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى .

(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به

الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أيّ قاض كان ، ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان،وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لايحلفان ، وكذا لاتقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل ، لأن السبب صحيح (وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لأن التسبيب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر ،وقد سببا للاتلاف تعدياً ، وقال الشافعي رحمه الله : لايضمنان لأنه لاعبرة للتسبيب عند وجود المباشرة . قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي ، لأنه كالملجأ إلى القضاء ، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعى ؛ لأن الحكم ماض ، فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا لأن الاتلاف به يتحقق ولأنه لامماثلة بين أخذ العين والزام الدين .

قال (فإن رجع أحدهما ضمن النصف) والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع ، وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ،وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع (فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق) لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي (وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع (وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق ، وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : على الرجل النصف ، وعلى النسوة النصف) لأنهنّ وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، ولهذا لاتقبل شهادتهنّ إلا بانضمام رجل واحد .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد . قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن : « عدلت شهادة اثنتين منهنّ شهادة رجل واحد » فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا .

(ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم .

قال (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها) لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف ، لأن التضمين يستدعى المماثلة على ماعرف وإنما تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل (وكذلك إذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول فى الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف ، وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لأنهما أتلفاها من غير عوض .

قال (وإن شهدا ببيع شىء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لأنه ليس بإتلاف معنى نظرا إلى العوض (وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان) لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ، ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع ، لأن السبب هو البيع السابق ،فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم (وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ، ولأن الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ ، فيوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما .

قال (وإن شهدا على أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لايتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء إليهما (وإن شهدوا بقصاص ،ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعى: يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فأشبه المكره بل أولى ، لأن الولى يعان والمكره يمنع. ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا ،لأن التسبيب مايفضى إليه غالبا وههنا لايفضى، لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم لاأقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص، بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى المختلف .

قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لأن الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم ،

فكان التلف مضافا إليهم (ولو رجع شهود الأصل ، وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ، فلا يبطل القضاء ، لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وإن قالوا : أشهدناهم وغلطنا ضمنوا ، وهذا عند محمد رحمه الله ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : لاضمان عليهم) لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم ، وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لاغير) لأن القضاء وقع بشهادتهم ، وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع . لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر ، فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك) لأن ما أمضي من القضاء لاينتقض بقولهم ، ولايجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع .

قال (وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا لايضمنون) لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الإحصان ، وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لايعمل بها إلا بالتزكية ، فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان ، لأنه شرط محض (وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا ، فالضمان على شهود اليمين خاصة) لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض ، ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول ٥

كتاب الوكالة

قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال ، فيحتاج إلى أن يوكل غيره ، فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام وكل بالشراء حكيم ابن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله عنهما .

قال (ويجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل فيها عقيلا وبعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه (وكذا بإيفائها واستيفائها إلا فى الحدود والقصاص ، فإن الوكالة لاتصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لأنها تندرىء بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعى ، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع ، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ، فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا ، وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله .

(وقال أبو يوسف رحمه الله : لاتجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا) ومحمد رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله ، وقيل مع أبى يوسف رحمه الله ، وقيل هذا الاختلاف فى غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه ، له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب (كما فى الشهادة على الشهادة وكما فى الاستيفاء) ولأبى حنيفة رحمه الله : أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص ، وكلام أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لاتمنع الدفع غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به .

(وقال أبو حنيفة رحمه الله : لايجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا ، وقالا : يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعى رحمه الله ، ولا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم . لهما

أن التوكيل تصرف فى خالص حقه ، فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون ، وله أن الجواب مستحق على الخصم ، ولهذا يستحضره والناس متفاوتون فى الخصومة ، فلو قلنا بلزومه يتضرر به ، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم . قال الرازى رحمه الله : يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لايمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها . قال رضى الله عنه : وهذا شىء استحسنه المتأخرون .

قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام) لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلابد من أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره (و) يشترط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لايعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا (وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وإن وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ، ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لأن الصبى من أهل العبارة . ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، وإنما لايملكه فى حق المولى ، والتوكيل ليس تصرفا فى حقه إلا أنه لايصح منهما التزام العهدة . أما الصبى فلقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل ، وعن أبى يوسف رحمه الله أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو مجنون أو محجور له خيار الفسخ لأنه دخل فى العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب .

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) وقال الشافعى رحمه الله : تتعلق بالموكل ، لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل فى النكاح . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول ، وإذا كان كذلك كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به

ولهذا قال في الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) لأن كل ذلك من الحقوق ، والملك يثبت للموكل خلافه عنه اعتبارا للتوكيل السابق ، كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح . قال رضي الله عنه : وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لأن الوكيل فيها سفير محض ، ألا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ، وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط ، فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا ، والضرب الثاني من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع ، فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا ، لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس ، وكذا الشركة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه .

قال (وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه إياه) لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد (فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ، ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ، ولهذا لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل ، وبدين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : لما أنه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين .

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل فى الشراء

قال (ومن وكل رجلا بشراء شىء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار (إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لى ما رأيت) لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأى شىء يشتريه يكون ممتثلا ، والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا ، لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة . وفى اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو فى معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن) لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ، فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وإن كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع) لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال .

مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا ، فإن بين النوع كالتركى أو الحبشى أو الهندى أو السندى أو المولد جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ، ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة : الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة فى الكتاب : النوع .

(وفى الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشتر لى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة فى حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض ، وفى العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا ، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ، ولهذا لا يصح تسميته مهرا ، وكذا الدار تشمل ما هو فى معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال .

قال (وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه ، وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا أو نحوه .

قال (ومن دفع إلى آخر دراهم ، وقال اشتر لى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا ، والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الأكل

إذ الطعام اسم لما يطعم ، وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ، ولا عرف فى الأكل فبقى على الوضع ، وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة وإن قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق . قال (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع فى يده) لأنه من حقوق العقد وهى كلها إليه (فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا باذنه) لأنه انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ، ولهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده .

قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على مامرّ ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز ، فإن الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لا يجوز (فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لأنه ليس بعاقد ، والمستحق بالعقد قبض العاقد ، وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه ؛ بخلاف الرسول لأن الرسالة فى العقد لا فى القبض وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح .

قال (وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله ، وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، ولهذا إذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل ، فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله (فإن هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده .

(وله أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل ، وقال زفر رحمه الله : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه ، فيسقط حق الحبس ، قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف رحمه الله : وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة

رحمه الله : وضمان الغصب عند زفر رحمه الله : لأنه منع بغير حق ، لما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لا ستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ، ولأبى يوسف رحمه الله : أنه مضمون بالحبس للاستيفاء ، بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع ، لأن البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد ، قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به .

قال (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر فى بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع قول أبى حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف فى الأصل ، لأبى يوسف رحمه الله : أنه أمره بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ، ولأبى حنيفة رحمه الله : أنه أمره بشراء عشرة أرطال ، ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به ، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما إذا اشترى مايساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين ، وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر .

قال (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لأنه يؤدى إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ماقيل إلا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول فى هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ، ولو اشترى الثانى بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا .

قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل ، إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) .

قال رضى الله عنه : هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالإجماع وهو مطلق ، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على

ما يحل له شرعا أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه باضافة العقد إلى دراهم غير مستنكر شرعا وعرفا ، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة ، فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله : هو للعاقد لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت ، وعند أبي يوسف رحمه الله : يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر ، وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه .

قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي ، وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فإن كان دفع اليه الألف فالقول قول المأمور) لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه ، وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر ، وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ، ولو كان العبد حيا حين اختلفا إن كان الثمن منقودا ، فالقول للمأمور لأنه أمين وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه ، وعن أبي حنيفة رحمه الله : القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود ، وهذا بالاجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه ، لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على مامر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله .

(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ، ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه) لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فإن قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له) لأن الإقرار يرتد برده (إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لأنه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع

يكفى للتعاطى وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو المعتبر فى الباب .

قال (ومن أمر رجلا أن يشترى له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز) لأن التوكيل مطلق فيجرى على إطلاقه وقد لايتفق الجمع بينهما فى البيع (إلا فيما لايتغابن الناس فيه) لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالإجماع (ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء ، فعند أبى حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر) لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (إلا أن يشترى الباقى ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانا) لأن شراء الأول قائم ؛ وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الألف مايشترى بمثله الباقى جاز) لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لابد أن يبقى من الألف باقية يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الآمر.

قال (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها هذا العبد فشراه جاز) لأن فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وإن أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى وإن قبضه الآمر فهو له) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا : هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور) وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا ، ألا ترى أنه لوتبايعا عينا بدين ، ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ، ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده ، ولأبى حنيفة رحمه الله أنها تتعين فى الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه ، وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشترى ، أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله ، وذلك باطل كما إذا قال أعط مالى عليك من شئت بخلاف ما إذا عين

فالبائع لأنه يصير وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل المال لله تعالى وهو معلوم ، وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فىملك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا .

قال (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور) ومراده إذا كانت تساوى ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر ، فإن كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والأمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن :

قال (وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر) أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم تفسخ العقد الذى يجرى بينهما فتلزم الجارية المأمور .

قال (ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر : اشتريته بخمسمائة ، وقال المأمور : بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لاتحالف ههنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذهو حاضر وفى المسئلة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا ، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبى عنهما وقبله أجنبى عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقى الخلاف ، وهذا قول الإمام أبى منصور وهو أظهر ، والله أعلم بالصواب .

فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد

قال (وإذا قال العبد لرجل : اشتر لى نفسى من مولاى بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل للمولى : اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء (وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشترى) لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها

بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له (والألف للمولى) لأنه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) ثمنا للعبد فإنه فى ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هنالك على نمط واحد ، وفى الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب فى المعاوضة المحضة فلا بد من البيان .

(ومن قال لعبد : اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه : بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل فهو للآمر) لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه ، لأنه أجنبى عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته فى يده ، حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن ، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا ، فيقع العقد للآمر (وإن عقد لنفسه فهو حر) لأنه إعتاق ، وقد رضى به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفى مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعنى نفسى ولم يقل لفلان فهو حر) لأن المطلق يحتمل الوجهين ، فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه .

فصل فى البيع

قال (والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ، ومن لاتقبل شهادته له عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه) لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة ، والمنافع منقطعة بخلاف العبد ، لأنه بيع من نفسه لأن مافى يد العبد للمولى ، وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب ، وينقلب حقيقة بالعجز ، وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة والصرف على هذا الخلاف .

قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبى حنيفة وقالا : لايجوز بيعه بنقصان لايتغابن الناس فيه ، ولايجوز إلا بالدراهم والدنانير) لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ، لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع

بثمن المثل وبالنقود ، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه ، فلا يتناوله مطلق اسم البيع ، ولهذا لايملكه الأب والوصى ، وله أن التوكيل بالبيع مطلق ، فيجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرع من العين ، والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة رحمه الله على ما هو المروى عنه ، وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لايبيع يحنث به غير أن الأب والوصى لايملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما .

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ولا يجوز بما لايتغابن الناس فى مثله) لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على مامر حتى لوكان وكيلا بشراء شىء بعينه قالوا : ينفذ على الآمر ، لأنه لايملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لابد من الإضافة إلى الموكل فى العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد .

قال (والذى لايتغابن الناس فيه مالا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل فى العروض دهنيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقارات ده دوازده) لأن التصرف يكثر وجوده فى الأول ، ويقل فى الأخير ، ويتوسط فى الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف .

قال (وإذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله) لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ، ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى (وقالا : لايجوز) لأنه غير متعارف ، لما فيه من ضرر الشركة (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لايجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقى قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة ، فلا يجوز وهذا استحسان عندهما (وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل) لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة ، فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا ، فإذا اشترى الباقى قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة ، فينفذ على

الآمر وهذا بالاتفاق . والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن في الشراء تتحقق التهمة على مامر وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق .

قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لايحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره فإنه يرده على الآمر) لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج ، وتأويل اشتراطها في الكتاب : أن القاضي يعلم أنه لايحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع ، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لايعرفه إلا النساء أو الأطباء ، وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لايحتاج إلى شيء منها ؛ وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى ردّ وخصومة .

قال (وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين) لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر .

قال (فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور) لأن الإقرار حجة قاصرة ، وهو غير مضطر إليه لامكانه السكوت والنكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء ، والعيب يحدث مثله حيث لايكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث ، والبائع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور في الحجة لايلزم الموكل إلا بحجة ، ولو كان العيب لايحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الردّ متعين ، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الردّ ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الردّ ، وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا .

قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور : أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر) لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق .

قال (وإن اختلف فى ذلك المضارب ورب ّ المال فالقول قول المضارب) لأن الأصل فى المضاربة العموم ، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة ، فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب ّ المال المضاربة فى نوع ، والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب ّ المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ، ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أى ّ أجل كان عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم .

قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) لأن الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها ، والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة ، وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه .

فصـــل

(وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا فى تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما والبدل وإن كان مقدرا ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى

قال (إلا أن يوكلهما بالخصومة) لأن الاجتماع فيها متعذر للافضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة .

قال (أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد ّ وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأى بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ، ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما .

قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الآراء .

قال (إلا أن يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لإطلاق

التفويض إلى رأيه وإذا جاز فى هذاالوجه يكون الثانى وكيلا عن الموكل حتى لايملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول وقد مرّ نظيره فى أدب القاضى .

قال (فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) لأن المقصود حضور رأى الأول وقد حضر وتكلموا فى حقوقه (وإن عقد فى حال غيبته لم يجز) لأنه فات رأيه (إلا أن يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه) لأنه حضر رأيه (ولو قدر الأول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) لأن الرأى فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل ، وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى على ما بيناه أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه فى معظم الأمر وهو التقدير فى الثمن .

قال (وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف فى مالها لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ، ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولأن هذه ولاية نظرية فلابدّ من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما .

(قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : المرتدّ إذا قتل على ردته والحربى كذلك) لأن الحربى أبعد من الذمى فأولى بسبب الولاية وأما المرتدّ فتصرفه فى ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهى مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلما فيصح .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال (والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر رحمه الله ، هو يقول : إنه رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به . ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض ، والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى علك

التبضن على أصل الرواية لأنه فى معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك .

قال (فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا) لأنه رضى بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر .

قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، وقالا : لايكون خصما وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ، لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات ، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ، ولأبى حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك ، لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور ، إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه ، فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع فى الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك ، والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء ، وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها .

قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول (حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له ، فأقام الذى هو فى يديه البينة على أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر ، وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده ، وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل فى قصر يده كذا هذا .

قال (وكذلك العتاق والطلاق وغيرذلك) ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل فى قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق .

قال (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى جاز إقراره عليه ولايجوز عند غير القاضى) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا إلا أنه يخرج عن الوكالة .
وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز إقراره عليه وإن أقر فى غير مجلس القضاء . وقال

زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ، ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصحّ إذا استثنى الإقرار ،وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ، ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى ، وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا ، وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فيصرف إليه تحريا للصحة قطعا ، ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه . وعن محمد رحمه الله أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأولى ، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه ، وهما يقولان إن التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا ، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء فيختصّ به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصي إذا أقرّ في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما .

قال (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا) لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن ، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه .

قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه) لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله (فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء (ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده) لأن غرضه من الدفع براءة ذمته

ولم تحصل فله أن ينقض قبضه (وإن كان) ضاع (فى يده لم يرجع عليه) لأنه بتصديقه اعترف أنه محق فى القبض وهو مظلوم فى هذا الأخذ والمظلوم لايظلم غيره .

قال (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه فى زعمهما ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ، ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه ، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل ، لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الاجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه فى الوكالة . وهذا أظهر لما قلنا ، وفى الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقا للغائب : إما ظاهراً ، أو محتملا ، فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه (ومن قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه) لأنه أقر له بمال الغير بخلاف الدين ، ومن ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لايبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث ، ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه مادام حيا كان إقرارا بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه .

قال (فإن وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال إليه) لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق .

قال (ويتبع رب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب .

قال (وإن وكله بعيب فى جارية فادعى البائع رضا المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى بخلاف مسئلة الدين) لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ماقبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبى حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ، ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لأنه لايفيد ، وأما عندهما قالوا : يجب أن يتحد الجواب على هذا فى الفصلين ، ولا يؤخر لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء ، وقيل الأصح عند أبى يوسف رحمه الله أن يؤخر فى الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر .

قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لأن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه ماذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك ، وقيل هذا استحسان،وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا،وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لأنه ليس بشراء ، فأما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب .

باب عزل الوكيل

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لأن الوكالة حقه ، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير وصار كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن .

قال (فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لأن فى العزل إضرارا به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده .

قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا، ولحاقه بدار الحرب مرتدا) لأن التوكيل تصرف غير لازم، فيكون لدوامه حكم ابتدائه، فلابد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض، وشرط أن يكون الجنون مطبقا لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبى يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت ، وقال محمد رحمه الله حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا .

قالوا : الحكم المذكور فى اللحاق قول أبى حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه وقد مر فى السير ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لاتؤثر فى عقودها على ماعرف .

(قال وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا

فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل .

قال (وإذا مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة) لأنه لايصح أمره بعد جنونه وموته (وإن لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً) .

قال رضى الله عنه : وهذا عند محمد رحمه الله، فأما عند أبى يوسف رحمه الله : لاتعود الوكالة ، لمحمد رحمه الله أن الوكالة إطلاق ، لأنه رفع المانع أما الوكيل يتصرّف بمعان قائمة به ، وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا ، ولأبى يوسف رحمه الله أنه إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات ، وبطلت الولاية ، فلا تعود كملكه فى أم الولد والمدبر ، ولو عاد الموكل مسلماً ، وقد لحق بدار الحرب مرتداً لاتعود الوكالة فى الظاهر ، وعن محمد رحمه الله أنها تعود كما قال فى الوكيل، والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال وفى حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق .

قال (ومن وكل آخر بشىء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها : مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابته ، فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شىء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة ، وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة؛ حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت ، بخلاف ماإذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض ، فعن أبى يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل ، وقال محمد رحمه الله: له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال ، بخلاف ماإذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ، ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانيا لأنه مختار فى الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة ، أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم .

كتاب الدعوى

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى . وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها ، فمنها ما قال فى الكتاب وهو حد عام صحيح . وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد ، وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمد رحمه الله فى الأصل : المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن فى معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعانى دون الصور فإن المودع إذا قال : رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ينكر وإن كان مدعيا للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى .

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فى جنسه وقدره) لأن فائدة الدعوى الالزام بواسطة إقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق .

(فإن كان عينا فى يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى) وكذا فى الشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة فى المنقول لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ فى التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ، وعلى هذا القضاة من آخرهم فى كل عصر ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لأن العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين ، وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة .

قال (وإن ادعى عقارا حدده وذكر أنه فى يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد ، فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة ، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد ، لأن تمام التعريف به عند أبى حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الأكثر بخلاف ما إذا غلط فى الرابعة ، لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها ، وكما

يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة وقوله فى الكتاب ، وذكر أنه فى يد المدعى عليه لابد منه ، لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان فى يده وفى العقار لايكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه فى يده بل لاتثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضى هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه فى يد غيرهما ، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة وقوله وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلابد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق .

قال (وإن كان حقا فى الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا ، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به .

قال (وإذا صحت الدعوى سأل القاضى المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فإن اعترف قضى عليه بها) لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وإن أنكر سأل المدعى البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ فقال لا فقال : لك يمينه » سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال ليمكنه الاستحلاف .

قال (فإن أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولابد من طلبه لأن اليمين حقه ، ألا ترى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلابد من طلبه .

باب اليمين

(وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبى حنيفة رحمه الله معناه حاضرة فى المصر ، وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ، ولأبى حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة فى المجلس ومحمد مع أبى يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف ، ومع أبى حنيفة فيما ذكر الطحاوى رحمه الله .

قال (ولا ترد اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى

واليمين على من أنكر، قسم، والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعى رحمه الله .

قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق وبينة الخارج أولى) وقال الشافعى رحمه الله : يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد ، فيتقوّى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاد والتدبير . ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبته اليد لايثبته ببينة ذى اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لاتدل عليه ، وكذا على الاعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها .

قال (وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعى رحمه الله : لايقضى به بل يرد اليمين على المدعى ، فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار إليه . ولنا أن النكول دلّ على كونه باذلا أو مقرّا إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ، ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه .

قال (وينبغى للقاضى أن يقول له إنى أعرض عليك اليمين ثلاثا فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء .

قال (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إبلاء العذر ، وأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز ، لما قدمناه هو الصحيح والأوّل أولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لاأحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه حكم الأوّل إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح .

قال (وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة والفيء فى الإيلاء والرقّ والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يستحلف فى ذلك كله إلا فى الحدود واللعان :

وصورة الاستيلاد : أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاى وهذا ابنى منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولايلتفت إلى إنكارها . لهما أن النكول إقرار

لأنه يدل على كونه كاذبا فى الإنكار على ماقدمناه إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجرى فى هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى الحد ، ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى : أنه بذل لأن معه لاتبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلا أولى كيلا يصير كاذبا فى الإنكار ، والبذل لايجرى فى هذه الأشياء ، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ، فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب ، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين.

قال (ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع) لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان .

قال (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا) لأن الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال وكذا فى النكاح إذا ادعت هى الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ، ولا يثبت النكاح وكذا فى النسب إذا ادعى حقا كالارث والحجر فى اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع فى الهبة لأن المقصود هذه الحقوق ، وإنما يستحلف فى النسب المجرد عندهما ، إذا كان يثبت باقراره كالأب والابن فى حق الرجل ، والأب فى حق المرأة لأن فى دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج فى حقهما .

قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف) بالاجماع (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما ؛ فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد ، ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجرى فيها البذل ، بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما فى القسامة .

قال (وإذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل باحضاره . والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ، ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لابد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ، ومعناه فى المصر حتى لو قال المدعى : لا بينة لى أو شهودى غيب لايكفل لعدم الفائدة .

قال (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كيلا يذهب حقه (إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضى) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف إليهما لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ، ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا ، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف

قال (واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر » وقال عليه الصلاة والسلام « من حلف بغير الله فقد أشرك » (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية مالفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شىء منه ، وله أن يزيد فى التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط فيه كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة ، والقاضى بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول : قل بالله ، أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره ، وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير .

قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا وقيل فى زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق

قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور « أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى إن حكم الزنا فى كتابكم هذا » ولأن اليهودى

يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى عليهما السلام ، فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) وهكذا ذكر محمد فى الأصل . ويروى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر لأنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا . وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله ، وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمهما وما ينبغى أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة (والوثنى لا يحلف إلا بالله) لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى . قال الله تعالى — ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله — .

قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لأن القاضى لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك .

قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفى إيجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع .

قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف فى الغصب بالله مايستحق عليك رده ولايحلف بالله ما غصبت) لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفى النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم فى الحال) لأنه قد يطرأ عليه الخلع (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ، ولا يستحلف بالله ماطلقها) لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه ، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله .

أما على قول أبى يوسف رحمه الله يحلف فى جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض للمدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى ، فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع وذلك مثل أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها ، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده ، فيفوت النظر

فى حق المدعى ، وإن كان سببا لايرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم .

قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه) لأنه لاعلم له بما صنع المورّث ، فلا يحلف على البتات (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة .

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضى الله تعالى عنه (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا) لأنه أسقط حقه ، والله أعلم بالصواب .

باب التحالف

قال (وإذا اختلف المتبايعان فى البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات ، ولا تعارض فى الزيادة (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى فى الثمن ، وبينة المشترى أولى فى المبيع) نظرا إلى زيادة الإثبات (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى إما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع وإلا فسخنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان به (فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره ، والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فخالف للقياس لأن المشترى لا يدعى شيئا ، لأن المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » .

قال (ويبتدئ بيمين المشترى) وهذا قول محمد وأبى يوسف رحمهما الله آخرا وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ، لأن المشترى أشدهما إنكارا لأنه يطالب أولا بالثمن ، ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ، ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم (وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضى بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين) وقال فى الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفى تأكيدا ، والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة « بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا » .

قال (فإن حلفا فسخ القاضى البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة ، أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فى البيع الفاسد .

قال (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته .

قال (وإن اختلفا فى الأجل أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لأن هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف فى الحط والإبراء ، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن ، فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه .

قال (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض .

قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله والقول قول المشترى : وقال محمد رحمه الله : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك)

وهو قول الشافعى رحمه الله ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بتعيب . لهما أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن ، فيتحالفان كما إذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة . ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه سلم للمشترى ما يدعيه ، وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضى إلى الفسخ ، ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه ، ولأنه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود ، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهـــذا إذا كان الثمن دينا ، فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل .

قال (وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك من الثمن . وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شىء له من قيمة الهالك : وقال أبو يوسف رحمه الله . يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى ، والقول قول المشترى فى قيمة الهالك . وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحىّ وقيمة الهالك) لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى . ولأبى يوسف رحمه الله أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره . ولأبى حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولأنه لا يمكن التحالف فى القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل ، وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ، ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان ، هـــذا تخريج بعض المشايخ رحمهم الله ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا . وقالوا : إن المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحىّ ولا شىء له : معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا . وقال بعض المشايخ رحمهم الله : يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشترى وإنما لا يأخذ الزيادة ، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشترى لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى ، ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه

فى القائم ، وإذا حلفا ولم يتفقا على شىء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك .

واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف رحمه الله . والصحيح أنه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله مابعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى ؛ فإن نكل لزمه دعوى المشترى، وإن حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض .

(وإن اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع ، وأيهما أقام البينة تقبل بينته ، وإن أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر فى بيوع الأصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم ردّ أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ماهلك عنده ويسقط عنه ثمن ماردّه وينقسم الثمن على قيمتهما ، فإن اختلفا فى قيمة الهالك فالقول قول البائع) لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ، ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة فى قيمة الهالك وهذا لفقه ، وهو أن فى الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الأمر عليها والبائع منكر حقيقة ، فلهذا كان القول قوله ، وفى البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لايعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ماذكرناه من قول أبى يوسف رحمه الله .

قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد فى البيع المطلق والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين ، وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ، ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى .

قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله) لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا .

قال (ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن ، فالقول قول

المسلم إليه ولا يعود السلم) لأن الإقالة فى باب السلم لاتحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة فى البيع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لايعود السلم ، ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دله على الفرق بينهما .

قال (وإذا اختلف الزوجان فى المهر فادّعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوّجنى بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لأنها تثبت الزيادة ، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وإن لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله ولايفسخ النكاح) لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية وإنه لايخلّ بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على مامرّ فيفسخ (ولكن يحكم مهر المثل ، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقلّ قضى بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له (وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر ، قضى بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقلّ مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل) لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه .

قال رضى الله عنه : ذكر التحالف أولا ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخىّ رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم فى الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما فى المشترى ، وتخريج الرازى رحمه الله بخلافه ، وقد استقصيناه فى النكاح وذكرنا خلاف أبى يوسف رحمه الله فلا نعيده .

(ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لأن تملكها لايكون إلا بالتراضى ولم يوجد فوجبت القيمة (وإن اختلفا فى الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) معناه اختلفا فى البدل أو فى المبدل لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامرّ ، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فإن وقع الاختلاف فى الأجرة يبدأ بيمين المستأجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة (وإن وقع فى المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ، ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف

فى الأجرة، وإن كان فى المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة .

قال (وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد رحمه الله ، لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ، فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد ، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستأجر) لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل .

قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعى رحمه الله ، لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد ، والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذى يدعيه ، والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا فى الثمن . ولأبى حنيفة رحمه الله أن البدل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد ، وإنما ينقلب مقابلا بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقى اختلافا فى قدر البدل لا غير فلا يتحالفان .

قال (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لأن الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج ، والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى منهما) لأن اليد للحى دون الميت ، وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز ، وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم فى الباقى لامعارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد رحمه الله : ماكان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ومايكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لأبى حنيفة رحمه الله (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر فى حالة الحياة) لأن يد الحر أقوى (وللحى بعد الممات) لأنه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأن لهما يدا معتبرة فى الخصومات .

فصل : فيمن لايكون خصما

(وإن قال المدعى عليه : هذا الشىء أودعنيه فلان الغائب ، أورهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينته على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) وكذا إذا قال : آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة . وقال ابن شبرمة : لاتندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه .

قلنا : مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ، ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى ، وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة كإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولاتندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبى ليلى ، لأنه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة كما إذا ادعى تحوّل الدين من ذمته إلى ذمة غيره .

(وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا : إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه ، وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ، ويشهد عليه الشهود ، فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه القاضى به لايقبله

(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى ، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن المدعى اتباعه ، فلو اندفعت لتضرر به المدعى ، ولو قالوا : نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثانى . وعند أبى حنيفة رحمه الله تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه ، بخلاف الفصل الأول فلم تكن

يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أوأضره شهوده دون المدعى عليه ، وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وإن قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لا تندفع الخصومة ، وإن أقام ذواليد البينة على الوديعة) لأنه إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لابيده ، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذى اليد ويصح دعوى الفعل (وإن قال المدعى : سرق منى وقال صاحب اليد : أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو استحسان . وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال: غصب منى على مالم يسم فاعله . ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة ، والظاهر أنه هو الذى فى يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال : سرقت ، بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (وإن قال المدعى : ابتعته من فلان وقال صاحب اليد: أودعنيه فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة) لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه ، لأنه أثبت ببينته كونه أحق بامساكها والله أعلم .

باب ما يدعيه الرجلان

قال (وإذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعى رحمه الله فى قول: تهاترتا ، وفى قول يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين فى الكل فى حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة لأن النبى عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال « اللهم أنت الحكم بينهما » ، ولنا حديث تميم بن طرفة «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين» وحديث القرعة كان فى ابتداء الإسلام ثم نسخ ولأن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف ، إذ المحل يقبله وإنما ينصف لاستوائهما فى سبب الاستحقاق .

قال (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما ، لأن المحل لا يقبل الاشتراك .

قال (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا إذا لم تؤقت البينتان، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهى امرأته). لتصادقهما (وإن أقام الآخر البينة قضى بها) لأن البينة أقوى من الإقرار (ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (إلا أن يؤقت شهود الثانى سابقا) .لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين ، وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق .

قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد (وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك) لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب فصارا كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته فى تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد (فإن قضى القاضى به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لأنه صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضى حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما) لأنه أثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت إحداهما ولم تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه فى ذلك الوقت ، واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وإن لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه فى يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ، ولأنهما استويا فى الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة .

قال (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض ، وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا .

(والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما فى وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم ، لأنه يرجع إلى المآل ، والترجيح بمعنى قائم فى الحال . وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح ، وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ ، وعند البعض لايصح لأنه تنفيذ الهبة فى الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان ، وهذا أصح .

قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما فى القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه ، وهذا عند أبى يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه (وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهـــذا استحسان ، وفى القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لايثبته . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لايثبته إلاعند الهلاك معنى لاصورة فكذا الهبة بشرط العوض (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه .

قال (ولو ادعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد (وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى) لما بينا أنه أثبته فى وقت لامنازع له فيه (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) ولو وقتت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) لأن توقيت إحداهما لايدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره (ولو ادعى

أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعا) لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق .

قال (وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله . وعنه رحمه الله أنه لاتقبل بينة ذى اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء .

ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة ، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما ، والمعنى ما بينا . ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت إحداهما دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج أولى.
وقال أبو يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى ، لأنه أقدم وصار كما فى دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى : ولهما أن بينة ذى اليد إنما تقبل ، لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار فى أيديهما ، ولو كانت فى يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف الذى وقت أولى . وقال محمد رحمه الله الذى أطلق أولى لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض . ولأبي يوسف رحمه الله أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء . ولأبي حنيفة رحمه الله أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ .

قال (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له ، وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن أبان رحمه الله أنه تتهاتر البينتان ويترك فى يده لا على طريق القضاء ، ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة

على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى من جهته وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا (ولوقضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذواليد) لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية ، وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص والأول بمنزلة الاجتهاد .

قال (وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة) كغزل القطن (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرّر) لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف . وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب ؛ فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه بخبر النتاج فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل .

قال (وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لأن الأول إن كان يدعى أولية الملك فهذا تلقى منه وفى هذا لا تنافى فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه .

قال (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذى اليد) قال : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج ، لأن العمل بهما ممكن ، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على ما مرّ ، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لايجوز وإن كان في العقار عنده : ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع كذا ههنا ؛ ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد ، إلا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجرّد السبب وأنه لا يفيده ، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده . ولو شهد

الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع ، لأن الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول وإن وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما ، فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما . وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه ، وان أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر .

قال (وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لايقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ماعرف .

قال (وإذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة رحمه الله) اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لاينازع الآخر فى النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما (وقالا : هى بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة ، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا ، ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لايحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها فى الزيادات .

قال (ولو كانت فى أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لاعلى وجه القضاء) لأنه خارج فى النصف فيقضى ببينته والنصف الذى فى يديه صاحبه لايدعيه لأن مدعاه النصف وهو فى يده سالم له ، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالما بامساكه ولاقضاء بدون الدعوى فيترك فى يده .

قال (وإذا تنازعا فى دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح (وإن أشكل ذلك كانت بينهما) لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا ، وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لأنه ظهر كذب الفريقين فتترك فى يد من كانت فى يده :

قال (وإذا كان عبد فى يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما فى الاستحقاق .

فصل فى التنازع بالأيدى

قال (وإذا تنازعا فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك (وكذا إذا كان أحدهما راكبا فى السرج ، والآخر رديفه فالراكب أولى) بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما فى التصرف (وكذا إذا تنازعا فى بعير وعليه حمل لأحدهما ، وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى) لأنه هو المتصرف (وكذا إذا تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) لأنه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا فى بساط أحدهما جالس عليه ، والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء ، لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا .

قال (وإذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان) لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة فى الاستحقاق .

قال (وإذا كان صبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول قوله) لأنه فى يد نفسه (ولو قال : أنا عبد لفلان فهو عبد للذى هو فى يده) لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقرّ بالرق (وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده) لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما إذا كان يعبر ، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه فى حال صغره .

قال (وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشىء) لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها ، والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره ، وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ، وقوله الهرادى ليست بشىء يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا وكذا البوارى ، لأن الحائط لا تبنى لهما أصلا حتى لو تنازعا فى حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شىء فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر

بالأكثر منها بعد الثلاثة (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) فى رواية . وفى رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ثم قيل ما بين الخشب بينهما ، وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين ، لأنه لامعتبر بالكثرة فى نفس الحجة . وجه الثانى : أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ، ووجه الأول : أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول أولى) ويروى أن الثانى أولى . وجه الأول : أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى . ووجه الثانى : أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوى وصححها الجرجانى .

قال (وإذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما فى استعمالها وهو المرور فيها .

قال (وإذا ادعى رجلان أرضا) يعنى يدعى كل واحد منهما (أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها ، وما غاب عن علم القاضى فالبينة تثبته (وإن أقام أحدهما البينة جعلت فى يده) لقيام الحجة ، لأن اليد حق مقصود (وإن أقاما البينة جعلت فى أيديهما) لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة (وإن كان أحدهما قد لبن فى الأرض أو بنى أو حفر فهى فى يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها .

باب دعوى النسب

قال (وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفى القياس وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان فى دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى .

وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر

عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض ، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لأنه قبضه بغير حق (وإن ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة (إلا إذا صدقه المشترى) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع ، لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولاحقه ، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ، ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشترى) لأنه احتمل أن لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلابد من تصديقه ، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما فى المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى ملكه :

قال (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) لأن الولد هو الأصل فى النسب فلا يضره فوات التبع ، وإنما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » ، والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى (ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها .

وفى الجامع الصغير : وإذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن ، ولو كان المشترى إنما أعتق الولد فدعواه باطلة . ووجه الفرق أن الأصل فى هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر ، وفى الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق فى التبع وهو الأم ، فلا يمتنع ثبوته فى الأصل وهو الولد ، وليس من ضروراته كما فى ولد المغرور فإنه حرّ وأمه أمة لمولاها وكما فى المستولدة بالنكاح ، وفى الفصل الثانى قام المانع

بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه ، وفى التبع وإنما كان الإعتاق مانعا ، لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب ، وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ، ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الأم حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعــوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية ، وقوله فى الفصل الأول : يردّ عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت .

قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع) لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أوكاتب الأم أو رهنها أو زوجها ، ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مرّ وبخلاف ما إذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشترى لايحتمل النقض فصار كاعتاقه .

قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما من ماء واحـــد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر ، فلا يتصور علوق الثانى حادثا لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر .

وفى الجامع الصغير : إذا كان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ، ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه ، وبطل عتق المشترى لأنه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرّية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرّية الأصل فيه ضرورة ، لأنهما توأمان فتبين أن عتق المشترى وشراءه لاقى حرّية الأصل ، فبطل بخلاف ما إذا كان الولد واحدا لأن هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع ، وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الأصل فافترقا (وإن لم يكن أصل العلوق فى ملكه ثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الإتصال فيقتصر على محل ولايته .

قال (وإن كان الصبى فى يد رجل فقال هو ابن عبدى فلان الغائب ، ثم قال : هو ابنى لم يكن ابنه أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنه) وهذا عند أبى حنيفة (وقالا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم

ادعاه لنفسه . لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد ، وإن كان لا يحتمل النقض ، ألا ترى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقرّ المشترى علىّ البائع بإعتاق المشترى فكذبه البائع ، ثم قال : أنا أعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه ، فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه ، ولأبى حنيفة رحمه الله : أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته كمن شهد علىٰ رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمته ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حقَ المقرّ له على اعتبار تصديقها حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ، وكذا تعلّق به حق الولد فلا يرتد برد المقرّ له ، ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب ، وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى ، وهو دعوى المشترى فيبطل به بخلاف النسب على ما مرّ ، وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره .

قال (وإذا كان الصبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى وهو حر) لأن الإسلام مرجح فيستدعى تعارضا ، ولا تعارض لأن نظر الصبى فى هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا ، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ، وفى عكسه الحكم بالإسلام تبعا ، وحرمانه عن الحرية لأنه ليس فى وسعه اكتسابها (ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى) ترجيحا للإسلام وهو أوفر النظرين .

قال (وإذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة : أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعى تحميل النسب على الغير ، فلا تصدق إلا بحجة بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد .

أما النسب فيثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبى حنيفة رحمه الله ،

وقد مر فى الطلاق وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها (وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة) لأنه التزم نسبة فأغنى ذلك عن الحجة (وإن كان الصبى فى أيديهما ، وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه ، فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بينى وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له فى نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشركة ، وههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها .

قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم) لأنه ولد المغرور . فإن المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأن النظر من الجانبين واجب ، فيجعل الولد حر الأصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ، ثم الولد حاصل فى يده من غير صنعه ، فلا يضمنه إلا بالمنع كما فى ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع .

(ولو مات الولد لا شىء على الأب) لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل فى حقه فيرثه (ولو قتله الأب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) لأن سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب .

كتاب الإقرار

قال (وإذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره مجهولا كان ما أقر به أو معلوما)
اعلم أن الاقرار إخبار عن ثبوت الحق وأنه ملزم لوقوعه دلالة ، ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما عزا رضى الله عنه الرجم باقراره ، وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا فإن العبد المأذون له ، وإن كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لأن إقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لأنه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لأنه مبنى على أصل الحرية فى ذلك حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه ، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبى والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبى مأذونا له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو بجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار إخبار عن ثبوت الحق ، فيصح به بخلاف الجهالة فى المقر له ، لأن المجهول لا يصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه (فإن لم يبين أجبره القاضى على البيان) لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان .

قال (فإن قال لفلان على شىء لزمه أن يبين ماله قيمة) لأنه أخبر عن الوجوب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بين غير ذلك يكون رجوعا ،

قال (والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك) لأنه هو المنكر فيه (وكذا إذا قال لفلان علىّ حق) لما بينا ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة (ولو قال لفلان : على مال فالمرجع إليه فى بيانه لأنه هو المجمل ويقبل قوله فى القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به (إلا أنه لا يصدق فى أقل من درهم) لأنه لا يعد مالا عرفا (ولو قال : مال عظيم لم يصدق فى أقل من مائتى درهم) لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنى عظيم عند الناس ، وعن أبى حنيفة رحمه الله :

أنه لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ، وعنه مثل جواب الكتاب وهذا إذا قال من الدراهم .

أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيهابالعشرين ، وفى الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) اعتبارا لأدنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره ، بخلاف مادونه وله أن العشرة أقصى ماينتهى إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما ، فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه (ولو قال دراهم فهى ثلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح (إلا أن يبين أكثر منها) لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد (ولو قال : كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال : كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره (ولو قال : كذا درهمافهو درهم) لأنه تفسير للمبهم (ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر) لأنه لانظير له سواه (وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون ، وإن ربع يزاد عليها ألف) لأن ذلك نظيره .

قال (وإن قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لأن على صيغة إيجاب وقبلى : ينبىء عن الضمان على مامر فى الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لامفصولا .

قال رضى الله تعالى عنه : وفى بعض نسخ المختصر فى قوله : قبلى أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما ، حتى صار قوله لاحق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا والأمانة أقلهما والأول أصح (ولو قال : عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوقى فهو إقرار بأمانة فى يده) لأن كل ذلك إقرار بكون الشىء فى يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة (ولو قال له رجل : لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو إقرار) لأن الهاء فى الأول والثانى كناية

عن المذكور فى الدعوى ، فكأنه قال اتزن الألف التى لك علىّ حتى لو لم يذكر حرف الكناية لايكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور ، والتأجيل إنما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا ، وكذا دعوى الصدقة والهبة ، لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب ، وكذا لو قال : أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين .

قال (ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقرّ له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد فى يده وادعى الاجارة بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه ، وقد مرت المسئلة فى الكفالة .

قال (ويستحلف المقر له على الأجل) لأنه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وإن قال له : علىّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ، ولو قال : مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة إليه) وهو القياس فى الأوّل ، وبه قال الشافعى رحمه الله : لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لاتفسير لها فبقيت المائة على إبهامها كما فى الفصل الثانى .

وجه الاستحسان وهو الفرق : أنهم استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين ، وهذا فيما يكثر استعماله ، وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون . أما الثياب ومالا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة (وكذا إذا قال مائة وثوبان) لمابينا (بخلاف ماإذا قال مائة وثلاثة أثواب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبها تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف ، فانصرف إليهما لاستوائهما فى الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثيابا .

قال (ومن أقر بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره فى الأصل بقوله غصبت تمرا فى قوصرة ، ووجهه أن القوصرة وعاء وظرف له ، وغصب الشىء وهو مظروف لايتحقق بدون الظرف فيلزمانه ، وكذا الطعام فى السفينة والحنطة فى الجوالق ، بخلاف ما إذا قال : غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع .

قال (ومن أقرّ بدابة فى إصطبل لزمه الدابة خاصة) لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله الطعام فى البيت .

قال (ومن أقرّ لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لأن اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقرّ له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لأن الاسم ينطوى على الكل (ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وإن قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه (وكذا لو قال على ثوب فى ثوب) لأنه ظرف بخلاف قوله درهم فى درهم ، حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لاظرف (وإن قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبى يوسف رحمة الله وقال محمد : لزمه أحد عشر ثوبا) لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ولأبى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا . قال الله تعالى — فادخلى فى عبادى — أى بين عبادى فوقع الشك ، والأصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأوّل محملا .

(ولو قال لفلان علىّ خمسة فى خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لأن الضرب لايكثر المال ، وقال الحسن رحمه الله : يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه فى الطلاق (ولو قال : أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم إلى عشرة أو قال مابين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبى حنيفة رحمه الله فيلزمه الإبتداء وما بعده وتسقط الغاية ، وقالا : يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان ، وقال زفر رحمه الله : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان (ولو قال له : من دارى مابين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله مابينهما وليس له من الحائطين شىء) وقد مرت الدلائل فى الطلاق .

فصـــل

قال (ومن قال : لحمل فلانة علىّ ألف درهم فإن قال أوصى له فلان ، أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح) لأنه أقرّ بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم إذا جاءت به حيا فى مدة يعلم أنه كان قائما وقت الإقرار لزمه وإن جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لأنه إقرار فى الحقيقة لهما وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقرّ : باعنى أو أقرضنى لم يلزمه شىء) لأنه بين مستحيلا .

قال (وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبى يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله يصح) لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ،

ولأبي يوسف رحمه الله أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة و لهذا حمل إقرار العبد المأذون وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرّح به .

قال (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه) لأن له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

قال (ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط) لأن الخيار للفسخ والاخبار لايحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله أعلم .

باب الاستثناء وما في معناه

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لابد من الاتصال (وسواءً استثنى الأقل أو الأكثر ، فإن استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء) لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده ، فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق (ولو قال : له عليّ مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو قال : له عليّ مائة درهم إلا ثوبا لم يصح الاستثناء ، وقال محمد رحمه الله : لا يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما) لمحمد أن الاستثناء مالولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس ، وللشافعي رحمه الله أنهما اتحدا جنسا من حيث المالية ، ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية ، وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون أوصافهما أثمان .

أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم ، وما لايكون ثمنا لايصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح .

قال (ومن أقر بحق وقال إن شاء الله متصلا) بإقراره (لايلزمه الاقرار) لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق ، فإن كان الأول فقد بطل ، وإن كان الثاني فكذلك إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لأنه شرط لايوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق ، بخلاف ما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالاً .

قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء) لأن البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا ، والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتا منها لأنه داخل فيه لفظا (ولو قال : بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال) لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقرّ له لأن الاقرار بالأرض إقرار بالبناء كالاقرار بالدار (ولو قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ، ولم أقبضه فإن ذكر عبدا بعينه قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) قال : وهذا على وجوه :

أحدها : هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ؛

والثاني : أن يقول المقرّ له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود .

والثالث : أن يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شيء ، لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد ، فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر ، والمقرّ له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكر فإذا تحالفا بطل المال هذا إذا ذكر عبدا بعينه (وإن قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع ؛ فإنه أقر بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع ، فيمتنع وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وإن كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن وصل صدق ولم يلزمه شيء ، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك ثمن عبد ؛ وإن أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وإن

كذبه فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لامفصولا (ولو قال : ابتعت منه عينا إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله) بالاجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن .

قالَ (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة : إذا قال لفلان علىّ ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير (لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة رحمه الله وصل أم فصل) لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب (وقالا : إذا وصل لا يلزمه شىء) لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب وصار كما إذا قال فى آخره إن شاء الله . قلنا : ذاك تعليق وهذا إبطال .

(ولو قال له علىّ ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا إن قال موصولا يصدق وإن قال مفصولا لا يصدق) وعلى هذا الخلاف إذا قال هى ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال ، إلا أنها زيوف وعلى هذا إذا قال لفلان علىّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع ،لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ولأبى حنيفة رحمه الله أن هذا رجوع ، لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيبا وقال المشترى : بعتنيه سليما فالقول للمشترى لما بينا والستوقة ليست من الأثمان ، والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء ، لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار بخلاف ما إذا قال علىّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لاعيب ، فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها ،وعن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول فى القرض أنه يصدق فى الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما فى الغصب ، ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها (ولو قال لفلان : علىّ ألف درهم زيوف ، ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لأن مطلق الإقرار ينصرف

إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعنى ثم قال هى زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لأن الإنسان يغصب مايجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له فى الجياد ولا تعامل ، فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب ، والوديعة بالمعيب كان القول قوله ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه لايصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال : هى ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلابد من الوصل .

(وإن قال فى هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق) لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لايصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف ، وهو تصرف لفظى كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله) لأن الغصب لايختص بالسليم (ومن قال لآخر : أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال : لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن) والفرق أن فى الفصل الأول أقر بسبب الضمان ، وهو الأخذ ثم ادعى مايبرئه وهو الإذن والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين وفى الثانى أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعى عليه سبب الضمان ، وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض فى هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء .

فإن قال قائل : الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه .

فنقول : قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك ، فالمقتضى ثابت ضرورة ، فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر : لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر ؛ وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا (فإن قال هذه الألف كانت وديعة لى عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هى لى فانه يأخذها) لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال

آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها أو قال : آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لى فالقول قوله) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وهو القياس ، وعلى هذا الخلاف فى الإعارة والإسكان (ولو قال : خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان: الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) وجه القياس ما بيناه فى الوديعة .

وجه الاستحسان وهو الفرق : أن اليد فى الإجارة والإعارة ضروريّة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه ، وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة ، فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع .

ووجه آخر : أن فى الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهة فيكون القول قوله فى كيفيته ، ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف ، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ فى طرف الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها لأنه ذكر الأخذ فى وضع الطرف الآخر وهو الإجارة فى كتاب الإقرار أيضا ، وهذا بخلاف ما إذا قال : اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه ، أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه ، وأنكر المقرّ له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ، ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره .

أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ، ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر فادعاها فلان وقال المقر : لا بل ذلك كله لى استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر ، فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر بمجرد فعل منه ، وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر ، وصار كما إذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ، ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا

باب إقرار المريض

قال (وإذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) وقال الشافعى رحمه الله : دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما ، وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ، ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الإقرار لايعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفى إقرار المريض ذلك ، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث ، بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية ، وهو بمهر المثل ، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة ، وفى حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز ، وحالتا المريض حالة واحدة ، لأنه حالة الحجر بخلاف حالتى الصحة والمرض ، لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب ، لأنه لاتهمة فى ثبوتها إذ المعاين لامرد له وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها ، وهذا الدين مثل دين الصحة لايقدم أحدهما على الآخر لما بينا ، ولو أقر بعين فى يده لآخر لم يصح فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ، ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض لأن فى إيثار البعض إبطال حق الباقين ، وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه وقد علم بالبينة .

قال (فإذا قضيت) يعنى الديون المقدمة (وفضل شىء يصرف إلى ما أقر به فى حالة المرض) لأن الإقرار فى ذاته صحيح ، وإنما رد فى حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته .

قال (فإذا لم يكن عليه ديون فى صحته جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير (وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية ، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته فى التكفين .

قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه : يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبى وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاوصية لوارث ولا إقرار له بالدين » ولأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ، ففى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ، ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الأجنبى لحاجته إلى المعاملة فى الصحة لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر فى حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ، ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره .

قال (فإن أقر لأجنبى جاز وإن أحاط بماله) لما بينا ، والقياس أن لايجوز إلا فى الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتى على الكل .

قال (ومن أقر لأجنبى ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه وبطل إقراره له فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لإبنه فلا يصح ، ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقى إقراره لأجنبية .

قال (ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه) لأنهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ، ولاتهمة فى أقل الأمرين فيثبت ، والله أعلم بالصواب .

فصل

قال (ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا) لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به ، وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا فى الظاهر ، وشرط أن لايكون له نسب معروف ، لأنه يمنع ثبوته من غيره وإنما شرط تصديقه لأنه فى يد نفسه ، إذ المسئلة فى غلام يعبر

عن نفسه بخلاف الصغير على مامر من قبل ولايمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية (ويشارك الورثة فى الميراث) لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته .

قال (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولايقبل بالولد) لأن فيه تحميل النسب على الغير ، وهو الزوج لأن النسب منه (إلا أن يصدقها الزوج) لأن الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لأن قول القابلة فى هذا مقبول ، وقد مر فى الطلاق ، وقد ذكرنا فى إقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى ، ولا بد من تصديق هؤلاء ، ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت ، وكذا يصح تصديق الزوجة ، لأن حكم النكاح باق ، وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه ، وعند أبى حنيفة رحمه الله لايصح لأن النكاح انقطع بالموت ، ولهذا لايحل له غسلها عندنا ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار .

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لايقبل إقراره فى النسب) لأن فيه حمل النسب على الغير (فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لأنه لما لم يثبت نسبه منه لايزاحم الوارث المعروف (وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لأن له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ، ألا ترى أن له أن يوصى بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقية حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ، ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له ، ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره .

قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه فى الميراث) لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولاولاية له عليه والإشتراك فى المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لايرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل فى حق العتق .

قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشيء للمقر وللآخر خمسون) لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الإستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الأمر أنهما تصادقاعلى كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء ارجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدى إلى الدور ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

كتاب الصلح

قال (الصلح على ثلاثة أضرب : صلح مع إقرار ، وصلح مع سكوت ؛ وهو أن لايقر المدعى عليه ولاينكر ، وصلح مع إنكار ، وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى ــوالصلح خيرــ ولقوله عليه الصلاة والسلام «كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا» . وقال الشافعي رحمه الله : لايجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة . ولنا ماتلونا وأول مارويناه ، وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لايطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعى يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا ، إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز .

قال (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه مايعتبر فى البياعات إن وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال فى حق المتعاقدين بتراضيهما (فتجرى فيه الشفعة إذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسد جهالة البدل) لأنها هى المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ، ويشترط القدرة على تسليم البدل (وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات) لوجود معنى الإجارة ، وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار فى العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة لأنه إجارة .

قال (والصلح عن السكوت والإنكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى لمعنى المعاوضة) لما بينا .

(ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الإقالة فى حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا فى الإنكار ظاهر وكذا فى السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك .

قال (وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) ،معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لايلزمه ، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه .

قال (وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع ، هذا (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لاخصومة له فيبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده ، وإن استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض فى هذا القدر عن الغرض ، ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة ، وإن استحق بعضه رجع بحصته ، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى فى كله ، أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة ، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين .

قال (وإن ادعى حقا فى دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقى) بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شىء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه فى البيوع ، ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه فى الباقى ،

والوجه فيه أحد أمرين : إما أن يزيد درهما فى بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى .

فصـــل

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه فى معنى البيع على مامر .

قال (والمنافع) لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح ، والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ماأمكن .

قال (ويصح عن جناية العمد والخطأ) أما الأول فلقوله تعالى — فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع — الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما : إنها نزلت فى الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى إن ماصلح مسمى فيه صلح بدلا ههنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية ههنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم ، ولو صالح على خمر لايجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين ، لأنه الموجب الأصلى ويجب مع السكوت عنه حكما ، ويدخل فى إطلاق جواب الكتاب الجناية فى النفس ومادونها ، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك ولا حق فى المحل قبل التملك ، أما القصاص فملك المحل فى حق الفعل فيصح الاعتياض عنه ، وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة ، لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لايجب المال بالصلح عنه غير أن فى بطلان الكفالة روايتين على ماعرف فى موضعه ، وأما الثانى وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لاتصح الزيادة على قدر الدية ، لأنه مقدر شرعا فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية ، لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد ، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها إلا أنه يشترط القبض فى المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ، ولو قضى القاضى بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة ، بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين فلاتجوز الزيادة على مائتين .

قال (ولايجوز الصلح عن دعوى حد) لأنه حق الله تعالى لاحقه ، ولايجوز الاعتياض عن حق غيره ، ولهذا لايجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد

لاحقها (وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة) لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ، ويدخل فى إطلاق الجواب حدّ القذف لأن المغلب فيه حق الشرع .

قال (وإذا ادعى رجل على إمرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان فى معنى الخلع) لأنه أمكن تصحيحه خلعا فى جانبه بناء على زعمه وفى جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة ، قالوا ولايحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا فى دعواه .

قال (وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضى الله عنه : هكذا ذكره فى بعض نسخ المختصر ، وفى بعضها قال : لم يجز . وجه الأول أن يجعل زيادة فى مهرها . وجه الثانى أنه بذل لها المال لتترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لايعطى العوض فى الفرقة وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شىء يقابله العوض فلم يصح . قال (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان فى حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه فى حقه لزعمه ، ولهذا يصح على حيوان فى الذمة إلى أجل ، وفى حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة ، لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء .

قال (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالأجنبى ، أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ فيه بيعا فكذا استخلاصا ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه .

قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يبطل الفضل على قيمته بما لايتغابن الناس فيه) لأن الواجب هى القيمة وهى مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لاتظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن حقه فى الهالك باق حتى

لو كان عبدا وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه" أو حقه فى مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة .

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا وللفرق . لأبى حنيفة رحمه الله أن القيمة فى العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى ، فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها (وإن صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل ، والله أعلم بالصواب .

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه ، لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ؛ أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل .

قال (وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال وضمنه تم الصلح) لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفى حقها الأجنبى والمدعى عليه سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه كالفضولى بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين، بخلاف ما إذا كان بأمره ولايكون لهذا المصالح شىء من المدعى وإنما ذلك للذى فى يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق فى هذا بين ما إذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك إذا قال صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمه) لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال : صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل) لأن الأصل فى العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع

الخصومة حاصل له إلا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يضفه بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته .

قال رضى الله عنه : ووجه آخر ، وهو أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله؛ ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح ، لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه ، فإن سلم المحل له تم الصلح، وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشىء ، بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه ، لأنه جعل نفسه أصيلا فى حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله ، والله أعلم بالصواب .

باب الصلح فى الدين

قال (وكل شىء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطا للبعض فى المسئلة الأولى وللبعض والصفة فى الثانية (ولو صالح عن ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لأنه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز) لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح .

قال (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام (وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهى زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط بعض حقه قدرا ووصفا ، وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه

معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض فى المجلس ، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقى فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم .

قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلىّ غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء ، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه الألف وهو قول أبى حنيفة ومحمد .وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يعود عليه) لأنه إبراء مطلق ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة علىّ وهى للمعاوضة ، والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه ، فجرى وجوده مجرى عدمه فبقى الإبراء مطلقا ، فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة فى الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه وتوسلا إلى تجارة أربح منه وكلمة « على » إن كانت للمعاوضة فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه ، فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه ، أو لأنه متعارف والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما فى الحوالة ، وستخرج البداءة بالابراء إن شاء الله تعالى .

قال رضى الله عنه : وهذه المسئلة على وجوه : أحدها ما ذكرناه .

والثانى : إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلىّ غدا ، وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلىّ غدا فالألف عليك على حاله . وجوابه : أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به .

والثالث : إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطينى الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الابراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد به ، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الابراء حصل مقرونا به ، فمن حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا ، فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا .

والرابع : إذا قال أدّ إلىّ خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يؤقت للأداء وقتا وجوابه : أنه يصح الابراء ، ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق ، لأنه لما لم يؤقت للأداء وقتا لا يكون الأداء غرضا صحيحا ، لأنه واجب عليه فى مطلق الأزمان فلم يتقيد

بل يحمل على المعاوضة ولايصلح عوضا، بخلاف ما تقدم لأن الأداء فى الغد غرض صحيح .
والخامس : إذا قال إن أديت إلىّ خمسمائة أو قال : إذا أديت ، أو متى أديت •
فالجواب فيه : أنه لايصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحا، وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد ، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به .

قال (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أوتحط عنى ففعل جاز عليه) لأنه ليس بمكره ؛ ومعنى المسألة إذا قال ذلك سرًّا أما إذا قال علانية يؤخذ به .

فصل فى الدين المشترك

قال (وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه ، فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ، والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما ، وقيمة المستهلك المشترك . إذا عرفنا هذا فنقول: فى مسئلة الكتاب له أن يتبع الذى عليه الأصل ، لأن نصيبه باق فى ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب ، لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه فى ذلك .

قال (ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقى) لأنهما لما اشتركا فى المقبوض لا بد أن يبقى الباقى على الشركة .

قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا ، لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه

ولا سبيل للشريك على الثوب فى البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين، وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ما ذكرنا ، لأن حقه فى ذمته باق ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه ، فلو سلم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم ، ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض ، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقى على ما يبقى من السهام ، ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف رحمه الله اعتباراً بالإبراء المطلق ، ولا يصح عندهما لأنه يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض ، ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك فى يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض ، وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافا لأبى يوسف رحمه الله ، والتزوج به إتلاف فى ظاهر الرواية ، وكذا الصلح عليه من جناية العمد .

قال (وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون ، وبما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه . ولهما أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة ولو جاز فى نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشاركه فى المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه قالوا : هذا إذا خلطا رأس المال فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق .

فصل فى التخارج

قال (وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا) لأنه أمكن تصحيحه بيعا ، وفيه أثر عثمان رضى الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار .

قال (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك) لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ، ويعتبر التقابض فى المجلس لأنه صرف

غير أن الذى فى يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وإن كان مقراً لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازا عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف فى هذا القدر ، ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ، ولو كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما فى البيع لكن يشترط التقابض للصرف.

قال (وإن كان فى التركة دين على الناس فأدخلوه فى الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لأنه إسقاط ، وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز ، وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفى الوجهين ضرر لبقية الورثة. والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة . والصلح على المكيل والموزون ، قيل لا يجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة ، قيل لا يجوز لكونه بيعا إذ المصالح عنه عين . والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضى إلى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة ، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يتملكها الوارث وإن لم يكن مستغرقا لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز . وذكر الكرخى رحمه الله فى القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا :

كتاب المضاربة

المضاربة : مشتقة من الضرب فى الأرض سمى بها ، لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله . وهى مشروعة للحاجة إليها ، فإن الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه ، وبين مهتد فى التصرف صفر اليد عنه ، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف ، لينتظم مصلحة الغبى والذكى والفقير والغنى ، وبعث النبى صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع إلى المضارب أمانة فى يده ؛ لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة "وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه ، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره .

قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها . ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا .

قال (ولا تصح إلا بالمال الذى تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ، ولو دفع إليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لاتصح المضاربة لأن عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر فى البيوع . وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض .

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لايستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولابد منها كما فى عقد الشركة .

قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لايربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة فى الربح ، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه نماء ملكه ، وهــذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة ، ولا تجاوز بالأجر

القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله كما بينا فى الشركة ، ويجب الأجر وإن لم يربح فى رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها، والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولأنه عين مستأجرة فى يده ، وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لايفسدها ، و بطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب .

قال (ولابد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ولايد لرب المال فيه) لأن المال أمانة فى يده فلا بد من التسليم إليه ؛ وهذا بخلاف الشركة ؛ لأن المال فى المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلابد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه .

أما العمل فى الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة ، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود ، سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير ، لأن يد المالك ثابتة له ، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب ، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقدا ، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون، بخلاف الأب والوصى لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال .

قال (وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لإطلاق العقد، والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وماهو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الإيداع والابضاع والمسافرة . ألاترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى، كيف وأن اللفظ دليل عليه ؟ لأنها مشتقة من الضرب فى الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر . وعنه وعن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إن دفع فى بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفع فى غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد فى الغالب والظاهر ماذكر فى الكتاب .

قال (ولايضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء

لايتضمن مثله لتساويهما فى القوة ، فلا بد من التنصيص عليه ، أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لايملك أن يوكل غيره فيما وكله به إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه ، وبخلاف الإقراض حيث لايملكه ؛ وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار ، وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل له به الغرض وهو الربح لأنه لاتجوز الزيادة عليه ؛ أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول .

قال (وإن خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجز له أن يجاوزها) لأنه توكيل وفى التخصيص فائدة فيتخصص ، وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لايملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره .

قال (فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره ، وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف فى الوديعة ثم ترك ، ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق ، وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه فى المصر كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير ، وفى كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج ، والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذى عينه .

أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج ، وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب ، وهذا بخلاف ما إذا قال : على أن يشترى فى سوق الكوفة حيث لايصح التقييد ، لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ؛ ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو فى مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به فى الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق .

أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ، ولو قال : على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به فى المعاملة ، بخلاف ما إذا قال : على أن تشترى بها من أهل الكوفة

أو دفع مالا فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لافيما وراء ذلك .

قال (وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لأنه توكيل فيتوقت بما وقته ، والتوقيت مفيد فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان .

قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ، ولا يتحقق فيه لعتقه ، ولهذا لايدخل فى المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود .

قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف .

قال (فإن كان فى المال ربح لم يجز له أن يشترى من يعتق عليه) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وإن لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم) لأنه لامانع من التصرف إذ لاشركة له فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لأنه لاصنع من جهته فى زيادة القيمة ولا فى ملكه الزيادة لأن هذا شىء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد فى قيمة نصيبه منه) لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما فى الوراثة .

قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر ، فإن شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة فى الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه ، وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعنى الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل عين منها يساوى رأس المال لايظهر الربح كذا هذا ، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة

لأن ذلك إنشاء العتق ، فإذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعد ذلك بحدوث الملك . أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ، فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه فى بعضه ولايضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد ، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما فيضاف إليه ولاصنع له فيه وهذا ضمان إعتاق فلابد من التعدى ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة رحمه الله : ويستسعيه فى ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له فى هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما فى الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعى صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا ، بخلاف ضمان الولد على مامر .

باب المضارب يضارب

قال (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثانى حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله. وقالا : إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية. وقال زفر رحمه الله: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله ، لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله . ولأبى حنيفة رحمه الله أن للدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب ، فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فيضمن كما لو خلطه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ، فإن كانت فاسدة لايضمنه الأول وإن عمل الثانى لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ، ثم ذكر فى الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثانى ، وقيل ينبغى أن لايضمن الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله . وعندهما يضمن

بناء على اختلافهم فى مودع المودع ، وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثانى بالإجماع وهو المشهور ، وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده. ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثانى يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا .

أما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ، ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثانى وكان الربح بينهما على ما شرطا لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثانى رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما فى المودع ولأنه مغرور من جهته فى ضمن العقد ، وتصح المضاربة والربح بينهما على ماشرطا ، لأن إقرار الضمان على الأول ، فكأنه ضمنه ابتداء ، ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث فى العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولايعرى عن نوع خبث .

قال (وإذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثانى وربح ، فإن كان رب المال قال له على أن مارزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلث وللمضارب الأول السدس) لأن الدفع إلى الثانى مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ، فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه ، وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثانى فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثانى واقع للأول ، كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم (وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثانى الثلث والباقى بين المضارب الأول ورب المال نصفان) لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شىء فبينى وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثانى النصف والباقى بين الأول ورب المال) لأن الأول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ماربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مارزق الله تعالى فلى نصفه أو قال فما كان من فضل فبينى وبينك نصفان وقد

دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ولا شىء للمضارب الأول) لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل ؛ فينصرف شرط الأول النصف الثانى إلى جميع نصيبه فيكون للثانى بالشرط ويخرج الأول بغير شىء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وإن شرط للمضارب الثانى ثلثى الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ، ويضمن المضارب الأول للثانى سدس الربح فى ماله) لأنه شرط للثانى شيئا هو مستحق لربّ المال فلم ينفذ فى حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية فى نفسها صحيحة لكون المسمىّ معلوما فى عقد يملكه ، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره فى ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف .

فصـــل

قال (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد ، وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر ، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى (ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبى وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين) لأن هذا اشتراط العمل على المالك (وإن كان على العبد دين صح عند أبى حنيفة رحمه الله) لأن المولى بمنزلة الأجنبى عنده على ماعرف ، والله أعلم .

فصل فى العزل والقسمة

قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لأنه توكيل على ماتقدم ، وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل (وإن ارتد رب المال عن الإسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف

مضاربه عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لأن له عبارة صحيحة ولا توقف فى ملك رب المال فبقيت المضاربة .

قال (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته ، وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت فى الربح وإنما يظهر بالقسمة وهى تبتنى على رأس المال وإنما ينقض بالبيع .

قال (ثم لا يجوز أن يشترى بثمنها شيئا آخر) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال ، وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس فى إعمال عزله إبطال حقه فى الربح فلا ضرورة .

قال رضى الله عنه : وهذا الذى ذكره إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا ، لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض ، وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها .

قال (وإذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لأنه وكيل محض ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال فى الاقتضاء) لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه . وقال فى الجامع الصغير : يقال له أجل مكان قوله وكل ، والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات ، والبياع والسمسار يجبران على التقاضى لأنهما يعملان بأجرة عادة .

قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو فى الزكاة (فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لأنه أمين (وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادّا الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال) لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما فى يده

المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (وإذا استوفى رأس المال، فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح ، وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول) لأن المضاربة الأولى قد انتهت ، والثانية عقد جديد ، فهلاك المـال في الثانى لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر .

فصل فيما يفعله المضارب

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة) لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه ، لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب ؛ وليس له أن يشترى سفينة للركوب ، وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار . وله أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار ، ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ؛ أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك ؛ وأما عند أبى يوسف رحمه الله فلأنه يملك الإقالة ، ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة .

(ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز) لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر ، والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع :

نوع يملكه بمطلق المضاربة ، وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها ، وهو ما ذكرنا ، ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والارتهان والرهن ، لأنه إيفاء واستيفاء ، والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل :

ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك ، وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ، وذلك مثل دفع المـال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره ، لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره ، وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة ، فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة

فى التشمير ، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة ، وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك .

ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة ، وهو أن يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك ، لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولايشغل ذمته بالدين ، ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه ، وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة ، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض ، والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض :

قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ؛ ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة . ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لايتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال لأنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا .

قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر رحمه الله : تفسد المضاربة ، لأن رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء : ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء لأنه يمنع التخلية ، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب فلوجوزناه يؤدى إلى قلب الموضوع ؛ وإذا لم تصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلاتبطل به المضاربة الأولى .

قال (وإذا عمل المضارب فى المصر فليست نفقته فى المال ، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء فى المال . ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضى ونفقة المرأة . والمضارب فى المصر ساكن بالسكنى الأصلى وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه ، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لامحالة فلا يتضرر بالإنفاق من ماله . أما المضارب فليس له إلا الربح وهو فى حيز التردد

فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير ، وبخلاف البضاعة لأنه متبرع :

قال (ولو بقى شيء فى يده بعد ما قدم مصره رده فى المضاربة) لانتهاء الاستحقاق . ولو كان خروجه دون السفر ، فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوق فى المصر ، وإن كان بحيث لايبيت بأهله فنفقته فى مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة ، والنفقة هى ما يصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ماذكرنا ، ومن جملة ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن فى موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز ، وإنما يطلق فى جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للمتعارف بين التجار .

قال (وأما الدواء فنى ماله) فى ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يدخل فى النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها فى مالها :

قال (وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ، ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثانى ، ولأن الأول يوجب زيادة فى المالية بزيادة القيمة والثانى لايوجبها .

قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة ، بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولايضيع إذا صبغ المغصوب ، وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلايضمنه .

فصل آخر

قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) .

قال رحمه الله : هذا الذى ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على مانبين فيكون عليه فى الآخرة . ووجهه أنه لما نصّ المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ، ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافى المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين) لأنه اشتراه بألفين ، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما .

قال (وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لأن هذا البيع مقضىّ بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ؛ ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع .

قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان ، وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة . أما نصيب المضارب فلما بيناه ، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة ، بخلاف ماتقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لاعلى المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم .

قال (وإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت الألف يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال) لأن المال أمانة فى يده ، ولا يصير مستوفيا ، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون ، وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة ، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع ، لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء ، فجعل مستوفيا بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر .

فصل فى الاختلاف

قال (وإذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا القول قول رب المال ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المضارب يدّعى عليه الشركة فى الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر فى الكتاب لأن الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض ، وفى مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ؛ ولو اختلفا مع ذلك فى مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات .

قال (ومن كان معه ألف درهم فقال هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هى بضاعة فالقول قول رب المال) لأن المضارب يدّعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر (ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر (ولو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال الآخر : ما سميت لى تجارة بعينها فالقول للمضارب) لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط ؛ بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص (ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب

المال) لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته فيكون القول له ؛ ولو أقام البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة ، ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

كتاب الوديعة

قال (الوديعة أمانة فى يد المودع إذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم .

قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله) لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ، ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به (فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدى تختلف فى الأمانة ، ولأن الشىء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع فى حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه .

قال (إلا أن يقع فى داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى) لأنه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيه المالك (ولا يصدق على ذلك إلا ببينة) لأنه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن فى الإيداع .

قال (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لأنه متعد بالمنع وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه .

قال (وإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير . لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ، ولا معتبر بالقسمة

لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ، ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لاحق له إلا في الدين وقدسقط . وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح ، لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة . ولو خلط المائع بجنسه ، فعند أبي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا ، وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل الأقل تابعا للأكثر اعتبارا للغالب أجزاء . وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على مامر في الرضاع ، ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لأنه يصير مائعا بالإذابة .

قال (وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما إذا انشق الكيسان فاختلطا لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق .

قال (فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم . قال (وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان) وقال الشافعي رحمه الله : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ، ولنا أن الأمر باق لإطلاقه ، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب المالك .

قال (فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع ، أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ، ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله ، لأن الجحود عند

غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقى الأمر ، بخلاف ما إذا كان بحضرته .

قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة) وقال الشافعى رحمه الله : ليس له ذلك فى الوجهين . لأبى حنيفة رحمه الله تعالى إطلاق الأمر والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملك الأب والوصى فى مال الصبى . ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد ، والشافعى رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ فى الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر .

قلنا : مؤنة الرد تلزمه فى ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به ، والمعتاد كونهم فى المصر لا حفظهم ومن يكون فى المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد (وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التقييد مفيد إذ الحفظ فى المصر أبلغ فكان صحيحا .

قال (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يدفع إليه نصيبه) وفى الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالا له ذلك ، والخلاف فى المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر . لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما فى الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ، ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه . ولأبى حنيفة رحمه الله : أنه طالبه بدفع نصيب الغائب ، لأنه يطالبه بالمفرز وحقه فى المشاع ، والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها قوله له أن يأخذه .

قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه .

قال (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما

بإذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم . وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله ، لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال .

قال (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيدا فيلغو (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط .

قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : له أن يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة . وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن

ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما ، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك . وأما الثانى فستمرّ على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت فى حجره ثوب غيره .

قال (ومن كان فى يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين ، وبأيهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ، ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثانى، فإن حلف فلا شىء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعنى للثانى يقضى له لوجود الحجة ،وإن نكل للأول يحلف للثانى ، ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقرّ لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به .

أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثانى فينكشف وجه القضاء ، ولو نكل للثانى أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ماذكر فى الكتاب لاستوائهما فى الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو باقراره وذلك حجة فى حقه ، وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ، ولو قضى القاضى للأول حين نكل ذكر الإمام علىّ البزدوى رحمه الله فى شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثانى ، فإذا نكل يقضى بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثانى لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكلّ ذلك لايبطل حق الثانى :

وذكر الخصاف رحمه الله أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسئلة فى العبد ، وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد ، لأن من العلماء من قال يقضى للأول ولا ينتظر لكونه إقرارا دلالة ، ثم لايحلف للثانى ما هذا العبد لى لأن نكوله لايفيد بعد ماصار للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه . قال ينبغى أن يحلفه عند محمد رحمه الله ، خلافا لأبى يوسف رحمه الله ، بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الإطناب ، والله أعلم بالصواب .

كتاب العارية

قال (العارية جائزة) لأنها نوع إحسان ، وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان (وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ، ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لايصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهي ؛ ولايملك الإجارة من غيره ، ونحن نقول : إنه ينبئ عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهي العطية ، ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالأعيان .

والتمليك نوعان : بعوض وبغير عوض ؛ ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة ، ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك ، والجهالة لاتفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك إنما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لاجهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولايملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه (ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنهما لتمليك العين وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا .

قال (وأخدمتك هذا العبد) لأنه أذن له في استخدامه (وداري لك سكنى) لأن معناه سكناها لك (وداري لك عمرى سكنى) لأنه جعل سكناها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره .

قال (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ولأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه .

قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعي رحمه الله : يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والإذن ثبت ضرورة الانتفاع

فلا يظهر فيا وراءه ولهذا كان واجب الرد ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء . ولنا أن اللفظ لاينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه ، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ماقبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعديا ، وإنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض ، والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ فى العقد له حكم العقد على ماعرف فى موضعه .

قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره ، فإن آجره فعطب ضمن) لأن الإعارة دون الإجارة والشيء لايتضمن ما هو فوقه ، ولأنا لو صححناه لايصح إلا لازما لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير ، وفى وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسدّ باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه ، فإن آجره ضمنه حين سلمه لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصبا ، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لايرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر إذا لم يعلم أنه كان عارية فى يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم .

قال (وله أن يعيره إذا كان مما لايختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعى رحمه الله : ليس له أن يعيره ، لأنه إباحة المنافع على مابينا من قبل والمباح له لايملك الإباحة وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة فى الإجارة للضرورة ، وقد اندفعت بالإباحة ههنا ، ونحن نقول : هو تمليك المنافع على ماذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة ، والمنافع اعتبرت قابلة للملك فى الإجارة فتجعل كذلك فى الإعارة دفعا للحاجة ، وإنما لاتجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره .

قال رضى الله عنه : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة ، وهى على أربعة أوجه :

أحدها : أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع ، وللمستعير فيه أن ينتفع به أى نوع شاء فى أىّ وقت شاء عملا بالإطلاق .

والثانى : أن تكون مقيدة فيهما ، وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى خير منه ، والحنطة مثل الحنطة ، والشعير خير من الحنطة إذا كان كيلا .

والثالث : أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع .

والرابع : عكسه ، وليس له أن يتعدى ماسماه ؛ فلو استعار دابة ولم يسمّ شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لايتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا، لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه ، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمن لأنه تعين الإركاب ؛

قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لأن الإعارة تمليك المنافع ولايمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض والقرض أدناهما فيثبت ، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين فأقيم ردّ المثل مقامه ، قالوا هذا إذا أطلق الاعارة ،وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم تكن قرضا ، ولايكون له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده .

قال (وإذا استعار أرضا ليبنى فيها أو ليغرس فيها جاز ، وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة . وإذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغترّ غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صحّ رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لأنه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدورى رحمه الله فى المختصر . وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولايضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه ، قالوا إذا كان فى القلع ضررٌ بالأرض فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل (ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت) لأن له نهاية معلومة وفى الترك بالأجر مراعاة الحقين ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك .

قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه

والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لأن الواجب على المستأجر التمكين ، والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه .

قال (وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن)وهذا استحسان، وفى القياس يضمن لأنه ماردها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العوارى إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولوردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده (وإن استعار عبدا فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لايرضى المالك بردها إلى الدار ، ولاإلى يد من فى العيال لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العوارى لأن فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ماذكرناه من العرف فيه .

قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالأجير أنيكون مسانهة أو مشاهرة لأنها أمانة فله أن يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس فى عياله (وكذا إذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لأن المالك يرضى به ؛ألاترى أنه لورده إليه فهو يرده إلى عبده ، وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب ، وقيل فيه وفى غيره وهو الأصح لأنه إن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا (وإن ردها مع أجنبى ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لايملك الإيداع قصدا كما قاله بعض المشايخ رحمهم الله . وقال بعضهم : يملكه لأنه دون الإعارة ،وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة .

قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب أنك أطعمتنى عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا: يكتب أنك أعرتنى) لأن لفظة الإعارة موضوعة له ، والكتابة بالموضوع له أولى كما فى إعارة الدار . وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد لأنها تختص بالزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك . وقال مالك رحمه الله: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاتجوز الهبة إلا مقبوضة » والمراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت ، ولأنه عقد تبرع وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح ، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولاإلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها .

قال (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله ، لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه . ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا له على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا مايلحق به بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس لأن الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح .

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه . قال عليه الصلاة والسلام « أكل أولادك نحلت مثل هذا » ، وكذلك الثالث ، يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة) أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى مايطعم عينه يراد به تمليك العين ، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لاتطعم فيكون المراد أكل غلتها ، وأما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك ، وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام « فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده » وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته .

(ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لأنه يراد به التمليك قال الله تعالى ـ أو كسوتهم ـ ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا: أى ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل (ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية) لأن العارية محكمة فى تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم (وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة) لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهى هبة) لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له .

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى رحمه الله: تجوز فى الوجهين لأنه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية . ولنا أن القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ولأن فى تجويزه إلزامه شيئا لم يلتزمه ، وهو مؤنة القسمة ، ولهذا امتنع جوازه قبل القبض ، لئلا يلزمه التسليم بخلاف مالا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ، ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه (ولو وهب من شريكه لا يجوز) لأن الحكم يدار على نفس الشيوع .

قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فإن قسمه وسلمه جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع .

قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة أو دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة، فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن فى اللبن لأن الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد إلا بالتحديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل

التمليك وهبة اللبن فى الضرع ، والصوف على ظهر الغنم ، والزرع والنخل فى الأرض ، والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع ، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع .

قال (وإذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا) لأن العين فى قبضه والقبض هو الشرط ، بخلاف ماإذا باعه منه لأن القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه .

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه فى قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ، ولا فرق بين ماإذا كان فى يده أو فى يد مودعه لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لأنه فى يد غيره أو فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو فى عيالها والأب ميت ولا وصى له وكذلك كل من يعوله (وإن وهب له أجنبى هبة تمت بقبض الأب) لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فأولى أن يملك النافع (وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان فى حجر أمه فقبضها له جائز) لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لأنه لايبقى إلا بالمال فلابد من ولاية التحصيل النافع (وكذا إذا كان فى حجر أجنبى يربيه) لأن له عليه يدا معتبرة . ألا ترى أنه لايتمكن أجنبى آخر أن ينزعه من يده فيملك مايتمحض نفعا فى حقه (وإن قبض الصبى الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلا لأنه نافع فى حقه وهو من أهله ، وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة ، بخلاف ماقبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب ومع حضوره لاضرورة .

قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع (وإن وهبها واحد من اثنين لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يصح) لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين دارا . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ، ولهذا لو كانت الهبة فيما لايقسم فقبل أحدهما صح ؛ ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ، ويثبت لكل واحد

منهما كملا إذ لاتضايف فيه فلا شيوع ، ولهــذا لو قضى دين أحدهما لايسترد شيئا من الرهن .

(وفى الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز ، وقالا يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر ، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل ، وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم ، وفى الأصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع فى الفصلين لتوقفهما على القبض ، ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى ، وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان ، وقيل هذا هو الصحيح ، والمراد بالمذكور فى الأصل الصدقة على غنيين ، ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها والآخر ثلثها لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبى يوسف رحمه الله فيه روايتان ، فأبو حنيفة رحمه الله مرّ على أصله ، وكذا محمد رحمه الله ، والفرق لأبى يوسف رحمه الله أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لايجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض .

باب الرجوع فى الهبة

قال (وإذا وهب هبة لأجنبى فله الرجوع فيها) وقال الشافعى رحمه الله : لارجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام « لايرجع الواهب فى هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » ، ولأن الرجوع يضادّ التمليك والعقد لايقتضى مايضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله ، لأنه لم يتمّ التمليك لكونه جزءا له . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته مالم يثب منها » أى مالم يعوّض ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة ، فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذ العقد يقبله ، والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع وإثباته للوالد ، لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا ، وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم . أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » ، وهذا لاستقباحه ، ثم للرجوع موانع ذكر بعضها ، فقال (إلا أن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لأنه لاوجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد .

قال (أو بموت أحد المتعاقدين) لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل فى حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد إذ هو ماأوجبه .

قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه .

قال (فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت فى ناحية منها نخلا أوبنى بيتا أو دكاناأو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع فى شيء منها) لأن هذه الزيادة متصلة ، وقوله وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعدّ زيادة أصلا وقد تكون الأرض عظيمة يعدّ ذلك زيادة فى قطعة منها فلا يمتنع الرجوع فى غيرها .

قال (فإن باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) لأن الامتناع بقدر المانع (وإن لم يبع شيئا منها له أن يرجع فى نصفها) لأن له أن يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الأولى .

قال (وإن وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها » ولأن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لأن المقصود فيها الصلة كما فى القرابة ، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع .

قال (وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو فى مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود ، وهذه العبارات تؤدى معنى واحدا (وإن عوّضه أجنبى عن الموهوب له متبرّعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لأن العوض لإسقاط الحق فيصحّ من الأجنبى كبدل الخلع والصلح .

قال (وإذا استحقّ نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحقّ نصف العوض لم يرجع فى الهبة إلا أن يردّ ما بقى ثم يرجع) وقال زفر رحمه الله : يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر . ولنا أنه يصلح عوضا للكلّ من الابتداء، وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يرده .

قال (وإن وهب دارا فعوّضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لأن المانع خصّ النصف .

قال (ولا يصحّ الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء ، وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه . وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ، ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ من الأصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق ، بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا .

قال (وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحقّ وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء) لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره .

قال (وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين وتبطل بالشيوع) لأنه هبة ابتداء (فإن تقابضا صحّ العقد وصار في حكم البيع يرّد بالعيب وخيار الرؤية وتستحقّ فيه الشفعة) لأنه بيع انتهاء ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله : هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا . ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ، وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه .

فصل

قال (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا هو

هكم فى النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لاتبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها (ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز) لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء (ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز) لأن الحمل بقى على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شىء هو مشغول بملك المالك .

قال (فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب له دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ؛ ألا ترى أن النبى عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر ، بخلاف البيع لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد فى معنى الربا ، وهو يعمل فى المعاوضات دون التبرعات . قال (ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهى لك أو أنت برىء منها أو قال إذا أديت إلى النصف فلك النصف أو أنت برىء من النصف الباقى فهو باطل) لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا لأن الدين مال من وجه ، ومن هذا الوجه كان تمليكا ، ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها .

قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ؛ ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره ، وإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عندأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله : جائزة) لأن قوله دارى لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى. ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى ورد الرقبى ، ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ؛ وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به .

فصل فى الصدقة

قال (والصدقة كالهبة لاتصح إلا بالقبض) لأنه تبرع كالهبة (فلا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة) لما بينا فى الهبة (ولا رجوع فى الصدقة) لأن المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك إذا تصدق على غنى استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب ، وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو الثواب وقد حصل .

قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس مايجب فيه الزكاة. ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والأول سواء وقد ذكرنا الفرق ، ووجه الروايتين فى مسائل القضاء (ويقال له أمسك ماتنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالا فإذا اكتسب يتصدق بمثل ماأنفق) وقد ذكرناه من قبل .

كتاب الإجارات

(الإجارة عقد على المنافع بعوض) لأن الإجارة فى اللغة بيع المنافع ، والقياس يأبى جوازه لأن المعقود عليه المنفعة وهى معدومة ، وإضافة التمليك إلى ماسيوجد لايصح إلا أنا جوّزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه » وقوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » ، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ، ثم عمله يظهر فى حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما روينا ، ولأن الجهالة فى المعقود عليه وفى بدله تفضى إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع (وماجاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الإجارة) لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ، ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان فهذا اللفظ لاينفى صلاحية غيره لأنه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أى مدة كانت) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما إذا كانت المنفعة لاتتفاوت ، وقوله أى مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ، ولتحقق الحاجة إليها

عصى إلا أن فى الأوقاف لاتجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعى المستأجر ملكها ، وهى مازاد على ثلاث سنين وهو المختار .

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ، وربما يقال الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ، ولابد أن يكون العمل معلوما وذلك فى الأجير المشترك ، وقد تكون عقدا على المنفعة كما فى أجير الواحد ولابد من بيان الوقت .

قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ماينقله والموضع الذى يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد .

باب الأجر متى يستحق

قال (الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة : إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه) .

وقال الشافعى رحمه الله : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل . ولنا أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ماينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر ، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك فى الأجر لتحقق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله (وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لايتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به ؛

قال (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر (وإن وجد الغصب فى بعض المدة سقط الأجر بقدره) إذ الانفساخ فى بعضها .

قال (ومن استأجر دارا فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لأنه استوفى منفعة

مقصودة (إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لأنه بمنزلة التأجيل (وكذلك إجارة الأراضي) لما بينا (ومن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لأن سير كل مرحلة مقصود . وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا : لايجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل. ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضى استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة إلا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى إلى أن لايتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا .

قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل) لأن العمل فى البعض غير منتفع به فلايستوجب الأجر به. وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر لايستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا . قال (إلا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم .

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) لأن تمام العمل بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم (فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأنه صار مسلما إليه بالوضع فى بيته ولاضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية . قال رضي الله عنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر .

قال (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف .

قال (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الأجر إذا أقامها عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايستحقها حتى يشرجها) لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور ولأن الأجير هو الذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه . ولأبى حنيفة رحمه الله أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ، ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ماقبل الإقامة لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج .

قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفى الأجر) لأن المعقود عليه وصف قائم فى الثوب ، فله حق الحبس

لاستيفاء البدل كما فى المبيع ، ولو حبسه فضاع فى يده لاضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه غير متعد فى الحبس ، فبقى أمانة كما كان عنده ، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر وسيبين من بعد إن شاء الله تعالى .

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح) لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل ، وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ، ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذى ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر رحمه الله : ليس له حق الحبس فى الوجهين ، لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ، ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث إنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشترى بغير رضا البائع .

قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره) لأن المعقود عليه العمل فى محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه (وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله) لأن المستحق عمل فى ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

فصل

(ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقى فله الأجر بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ، ومراده إذا كانوا معلومين (وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة، ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : له الأجر فى الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته . ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما فى الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما فى الطعام وهى المسئلة التى تلى هذه

المسئلة (وإن ترك الكتاب فى ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع) لأن الحمل لم ينتقض (وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له فى قولهم جميعا) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام ، بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله، لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على مامر والله أعلم بالصواب .

باب مايجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين مايعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه وأنه لايتفاوت فصح العقد (وله أن يعمل كل شىء) للإطلاق (إلا أنه لايسكن حدادا ولا قصارا ولاطحانا لأن فيه ضررا ظاهرا) لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة .

قال (ويجوز استئجار الأراضى للزراعة) لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط) لأن الإجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع فى الحال إلا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع ، لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق ، وقد مر فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى مايزرع فيها) لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها ومايزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لأنها منفعة تقصد بالأراضى (ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لانهاية لهما وفى إبقائهما إضرار بصاحب الأرض، بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين :

قال (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه .

* قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا) لأن الحق له فله أن لا يستوفيه .

قال (وفى الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة وفى الأرض رطبة فإنها تقلع) لأن الرطاب لانهاية لها فأشبه الشجر .

قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لأنه منفعة معلومة معهودة (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملا بالإطلاق ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مرادا من الأصل والناس متفاوتون فى الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك إذا استأجر ثوبا للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس فى اللبس (وإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا) لأن الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا ، فأما العقار وما لايختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذى يضر بالبناء والذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه .

قال (وإن سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت أو لكونه خيرا من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضا فيه (وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها .

قال (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ، ولأن الآدمى غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن ، فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة فى الجنايات .

قال (وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لأنها عطبت بما هو مأذون فيه ، وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل

فانقسم عليهما (إلا إذا كان حملا لايطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة .

قال (وإن كبح الدابة بلجامها أوضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة. وقالا : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا) لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه. ولأبى حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه ، وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور فى الطريق .

قال (وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن، وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة إذا استأجرها ذاهبا لاجائيا لينتهى العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى. وأما إذا استأجرها ذاهباوجائيا فيكون بمنزلةالمودع إذا خالف ثمعاد إلى الوفاق، وقيل لابل الجواب يجرى على الاطلاق . والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك ، وفى الإجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود ، وهذا أصح .

قال (ومن اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك إذ لا فائدة فى التقييد بغيره إلا إذا كان زائدا عليه فى الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وإن كان لايسرج بمثله الحمر ضمن) لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفا (وإن أوكفه بإكاف لايوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا فى السرج وهذا أولى (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا : يضمن بحسابه) لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به إلا إذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة ، لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة فى الحمل المسمى إذا كانت من جنسه ، ولأبى حنيفة رحمه الله: أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة مالا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة .

قال (وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما فى طريق كذا فأخذ فى طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت

لأن عند ذلك التقييد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لأنه صح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة .

قال (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البرّ ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وإن بلغ فله الأجرَ) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى .

قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن مانقصها) لأن الرطاب أضرّ بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شرّ فيضمن مانقصها (ولا أجر له) لأنه غاصب للأرض على ماقررناه (ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قيصا بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق واحد ، لأنه يستعمل استعمال القميص ، وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتفاوتان في المنفعة . وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يضمنه من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص . ووجه الظاهر أنه قيص من وجه لأنه يشد وسطه ، فن هذا الوجه يكون مخالفا ، لأن القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص ، فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أىّ الجهتين شاء إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ، ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى ، ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء ، قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة . والأصح أنه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فإنه يخير كذا هذا ، والله أعلم .

باب الإجارة الفاسدة

قال (الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لأنه بمنزلته ، ألا ترى أنه عقد يقاله ويفسخ (والواجبُ في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان . ولنا أن المنافع لاتتقوّم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس ، فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له فيعتبر

ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع لأن العين متقومة فى نفسها وهى الموجب الأصلى فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا .

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور إلا أن يسمّى جملة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم ، فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمى جملة شهور معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة .

قال (وإن سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضى وكذلك كل شهر سكن فى أوّله ساعة) لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى إلا أن الذى ذكره فى الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الأولى من الشهر الثانى ويومها لأن فى اعتبار الأوّل بعض الحرج .

قال (وإن استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم (ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى ، وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذى استأجره) لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء فأشبه اليمين ، بخلاف الصوم لأن الليالى ليست بمحل له (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة) لأنها هى الأصل (وإن كان فى أثناء الشهر فالكل بالأيام) عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله ، وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله : الأول بالأيام ، والباقى بالأهلة لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة فى الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثانى بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق .

قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وأما الحجام ، فلما روى أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا .

قال (ولايجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الإناث لقوله عليه الصلاة والسلام « إن من السحت عسب التيس » والمراد أخذ الأجرة عليه ؛

قال (ولا الاستئجار على الأذان والحج وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لايجوز الاستئجار عليه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل مالا يتعين على الأجير لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به » وفي آخر ماعهد رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص «وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا» ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة ولأن التعليم مما لايقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما مالا يقدر على تسليمه فلا يصح ، وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم ، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى .

قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي) لأنه استئجار على المعصية والمعصية لاتستحق بالعقد .

قال (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله إلا من الشريك . وقالا : إجارة المشاع جائزة) وصورته : أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك . لهما أن للمشاع منفعة ، ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه آجر مالايقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لأن تسليم المشاع وحده لايتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ، ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه ، وأما التهايؤ فإنما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا ، وبخلاف ما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارىء ، لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء ، وبخلاف ما إذا آجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة ، ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارىء .

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى - فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - ولأن التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله وأقرهم عليه ، ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهى خدمتها للصبى والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ فى الثوب ، وقيل : إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الاجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى ، وإذا ثبت ماذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة .

قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا لايجوز) لأن الأجرة مجهولة ، فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ ، وله أن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لأن فى العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة ، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة (وفى الجامع الصغير : فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعنى بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ، ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لاجهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا (ولا يشترط تأجيله) لأن أوصافها أثمان (ويشترط بيان مكان الإيفاء) عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وقد ذكرناه فى البيوع (وفى الكسوة يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لأنه إنما يصير دينا فى الذمة إذا صار مبيعا وإنما يصير مبيعا عند الأجل كما فى السلم .

قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ، ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه إلا أن المستأجر يمنعه من غشيانها فى منزله لأن المنزل حقه (فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة إذا خافوا على الصبى من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبى فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبى) لأن العمل عليها : والحاصل أنه يعتبر فيما لانص عليه العرف فى مثل هذا الباب ، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبى وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر ، أما الطعام فعلى والد الولد ، وماذكر محمد رحمه الله أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وإن أرضعته فى المدة بلبن شاة فلا أجر

لها) لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها ، وهو الارضاع فإن هذا إيجار وليس بارضاع وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل .

قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله ، وكذا إذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة) لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير فى معنى قفيز الطحان ، وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عنه ، وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما فى ديارنا ، والمعنى فيه : أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره ، وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر ، لأن المستأجر ملك الأجير فى الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ، ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر لأنه مامن جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه . قال (ولا يجاوز بالأجر قفيزا) لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ، ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما إذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط .

قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الإجارات هو جائز) لأنه يجعل المعقود عليه عملا ، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة ، وله أن المعقود عليه مجهول ، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر فى الثانى ونفع الأجير فى الأول فيفضى إلى المنازعة ، وعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه يصح الاجارة إذا قال فى اليوم وقد سمى عملا لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل ، بخلاف قوله اليوم ، وقد مر مثله فى الطلاق .

قال (ومن استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز) لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقى والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا كل شروط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فإن

شرط أن يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد) لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤاجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان فى صفقة وهو منهى عنه ، ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة فى فساده ، وقيل أن يكربها مرتين ، وهذا فى موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته ، وليس المراد بكرى الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته فى العام القابل .

قال (وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعى رحمه الله هو جائز وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب ، له أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ، ولا يصير دينا بدين . ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله ، ولأن الإجارة جوزت ، بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس ، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة .

قال (وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعى رحمه الله : له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لأن الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرف حكمى ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم ، بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع .

(ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أى شىء يزرعها فالإجارة فاسدة) لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها ، وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض ومالا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما .

قال (فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) وهذا استحسان وفى القياس لا يجوز ،

وهو قول زفر رحمه الله لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا ، وجه الإستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما إذا ارتفعت فى حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة .

قال (ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم مايحمل عليه فحمل مايحمل الناس فنفق فى نصف الطريق فلا ضمان عليه) لأن العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة .

قال (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى) استحسانا على ماذكرنا فى المسئلة الأولى .

قال (وإن اختصما قبل أن يحمل عليه) وفى المسئلة الأولى قبل أن يزرع (نقضت الإجارة) دفعا للفساد إذ الفساد قائم بعد .

باب ضمان الأجير

قال (الأجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لايستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه يسمى مشتركا .

قال (والمتاع أمانة فى يده فإن هلك لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة رحمه الله . وهو قول زفر رحمه الله ، ويضمنه عندهما إلا من شىء غالب كالحريق الغالب والعدوّ المكابر) لهما ماروى عن عمر وعلىّ رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لايمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحترار عنه ، كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته ، فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف مالا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لأنه لاتقصير من جهته ولأبى حنيفة رحمه الله أن العين أمانة فى يده ، لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لايمكن الاحتراز عنه لايضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما فى المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصوداً ولهذا لايقابله الأجر بخلاف المودع بالأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر .

قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله :

لاضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقا ، فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار . ولنا أن الداخل تحت الإذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لأنه متبرع ، فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر ، فأمكن تقييده وبخلاف أجير الوحد على مانذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه .

قال (إلا أنه لايضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده) لأن الواجب ضمان الآدمى وأنه لايجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لاتتحمله العاقلة .

قال (وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته فى المكان الذى حمله ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه ، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر فى الطريق والحمل شىء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه، وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن من الابتداء تعديا ، وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أى الوجهين شاء ، وفى الوجه الثانى له الأجر بقدر مااستوفى وفى الوجه الأول لاأجر له لأنه مااستوفى أصلا .

قال (وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك ، وفى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان،ووجهه أنه لايمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها فى تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد .

قال (والأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) وإنما سمى أجير وحد لأنه لايمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه فى المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل :

قال (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف فى يده ولا ماتلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة فى يده لأنه قبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما ، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس وأجير الوحد لا يقبل الأعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس ، وأما الثانى فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر ، فإذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لايضمنه ، والله أعلم بالصواب .

باب الإجارة على أحد الشرطين

(وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وإن خطته روميا فبدرهمين جاز وأى عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به) وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين ؛ وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال : آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة ، وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال : آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا ، أو إلى واسط بكذا وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء ، وإن خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر فى جميع ذلك البيع ، والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار فى البيع وفى الإجارة لايشترط ذلك ، لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد ، فتحقق الجهالة على وجه لاترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار (ولو قال : إن خطته اليوم فبدرهم ، وإن خطته غدا فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبى حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم ، وفى الجامع الصغير : لاينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الشرطان جائزان) .

قال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخياطة شىء واحد ، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه ، فيجتمع فى كل يوم تسميتان ، ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان ، ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزلا منزلة اختلاف النوعين ، ولأبى حنيفة رحمه الله : أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولايمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت

والعمل وإذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الأول ، ويجب المسمى ويفسد الثانى ويجب أجر المثل لايجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى فى اليوم الثانى وفى الجامع الصغير : لايزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى لاتنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ؛ فإن خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى مابعد الغد أولى .

(ولو قال إن سكنت فى هذا الدكان عطاراً فبدرهم فى الشهر وإن سكنته حداداً فبدرهمين جاز وأى الأمرين فعل استحق الأجر المسمى فيه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا الإجارة فاسدة ، وكذا إن استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه عطاراً فبدرهم وإن سكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايجوز ، ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز) ويحتمل الخلاف (ومن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرّ شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا : لايجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية ، لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة .

أما فى هذه المسائل فيجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ، ولأبى حنيفة رحمه الله أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ، ألا ترى أنه لا يدخل ذلك فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به ، والله أعلم بالصواب .

باب إجارة العبد

قال (ومن استأجر عبدا ليخدمه ، فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأنه خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلاينتظمها الإطلاق ، ولهذا جعل السفر عذرا فلابد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار فى الدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذ تعينت الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى ، وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد ، وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن) لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الاجارة قد صحت على مامر ، وله أن الضمان إنما يجب باتلاف مال محرز لأن التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب ، لأن العبد لايحرز نفسه عنه ، فكيف يحرز ما فى يده (وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه) لأنه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الأجر فى قولهم جميعا) لأنه مأذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على مامر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، فهو جائز والأول منهما بأربعة) لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلى العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثانى إلى ما يلى الأول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أول الشهر ، ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته ، وقال المولى : لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لأنهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة فى نفسه أصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب الاختلاف فى الإجارة

قال (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب ، فقال رب الثوب : أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط : بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ : لابل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الإذن يستفاد من جهته . ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقرّ به لزمه .

قال (وإذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير فى مسئلة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر فى بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب (وإن قال صاحب الثوب : عملته لى بغير أجر وقال الصانع : بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبى حنيفة لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان الرجل حريفا له) أى خليطا له (فله الأجر وإلا فلا) لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمد رحمه الله : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله) لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه منكر ، والجواب عن استحسانيهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لأن المعقود عليه المنافع وأنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه .

قال (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة) لأن المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع

قبل القبض وموت العبد المستأجر ، ومن أصحابنا من قال : إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الاباق فى البيع قبل القبض، وعن محمد رحمه الله : أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر،وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولوانقطع ماء الرحى والبيت مماينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته) لأنه جزء من المعقود عليه .

قال (وإذا مات أحد المتعاقدين ، وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز (وإن عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى فى الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى .

قال (ويصح شرط الخيار فى الاجارة) وقال الشافعى رحمه الله: لايصح لأن المستأجر لايمكنه رد المعقود عليه بكماله لوكان الخيار له لفوات بعضه ، ولوكان للمؤاجر فلايمكنه التسليم أيضا على الكمال ، وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لايستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة ، وفوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط ، بخلاف البيع وهذا لأن رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة .

قال (وتفسخ الاجارة بالأعذار) عندنا ، وقال الشافعى رحمه الله:لاتفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع.ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض فى البيع ،فتفسخ به إذالمعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لأن فى المضى عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من أجر دكانا أو دارا ، ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضى العقد وباعها فى الديون) لأن فى الجرى على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وهو الحبس لأنه قد لايصدق على عدم مال آخر ، ثم قوله فسخ

القاضى العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى فى النقض ، وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ماذكرنا أنه عـــذر فإن الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لايحتاج فيه إلى قضاء القاضى ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على مامر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه ، فلا بد من إلزام القاضى ، ومنهم من وفق فقال : إن كان العذر ظاهرا لايحتاج إلى القضاء لظهور العذر ، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر .

(ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وإن بدا للمكارى فليس ذلك بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد ، ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الأصل ، وذكر الكرخى رحمه الله أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر ، فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لأنه لايلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد ، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد .

قال (وإذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك العمل فهو عذر) لأنه يُلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه . أما الذى يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه (وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل فى الصرف فهو ليس بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية وهو يعمل فى الصرف فى ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا للخياطة ، فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره فى الأصل لأن الواحد لايمكنه الجمع بين العملين . أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما ،

(ومن استأجر غلاما ليخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) لأنه لايعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق وفى المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا إذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر ، بخلاف ما إذا آجر عقارا ثم سافر لأنه لاضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر .

مسائل منثورة

قال (ومن استأجر أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد فى هذا التسبيب فأشبه حافر البئر فى دار نفسه ، وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة يضمن ، لأن موقد النار يعلم أنها لاتستقر فى أرضه .

قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل ، وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة ، فلا تضره الجهالة فيما يحصل .

قال (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفى القياس لايجوز وهو قول الشافعى رحمه الله للجهالة ، وقد يفضى ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم ، والمحمل تابع ومافيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضى ذلك إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر .

قال (وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا .

قال (وإن استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه فى الطريق جاز له أن يرد عوض ماأكل) لأنه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق والله أعلم .

كتاب المكاتب

قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبـل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى — فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا — وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، وفى الحمل على الاباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه أما الندبية فعلقة به والمراد بالخير المذكور على ماقيل أن لايضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لايكاتبه وإن كان يصح او فعله ، وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلابد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد مابقى عليه درهم » وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ، ويعتق بأدائه وإن لم يقـل المولى إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع ولايجب حط شىء من البدل اعتبارا بالبيع .

قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز حالا ولابد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم فى زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك ، فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت به ، ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معارضة والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفى الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق .

قال (وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء) لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه ، والشافعى رحمه الله تعالى يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة إذن الصبى فى التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لايعقل البيع والشراء ، لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع .

قال (ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها إلى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا

فإذا أديتها فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة) لأنه أتى بتفسير الكتابة ، ولو قال : إذا أديت إلىّ ألفا كل شهر مائة ، فأنت حر فهذه مكاتبة فى رواية أبى سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة ، وفى نسخ أبى حفص رحمه الله لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة .

قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) أما الخروج من يده فتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة ، وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى ، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ، ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له فى الذمة حق من وجه (فإن أعتقه عتق باعتاقه) لأنه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لأنه ما التزمه إلا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه .

قال (وإذ وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر) لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وإن أتلف مالا لها غرم) لأن المولى كالأجنبى فى حق أكسابها ونفسها إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

فصل فى الكتابة الفاسدة

قال (وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ، لأنه ليس بمال فى حقه ، فلا يصلح بدلا فيفسد العقد ، وأما الثانى فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة ، وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة .

قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر رحمه الله لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه لأن البدل هو القيمة ، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى ، وعن أبى حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا

قال إن أديتها فأنت حر ، لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ، ولا فصل فى ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال فى الجملة فأمكن اعتبارُ معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط ، وأما الميتة : فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته) لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد ، وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد إذا تلف المبيع .

قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد ، وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة فى الفساد ، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته .

قال (وكذلك إن كاتبه على شىء بعينه لغيره لم يجز) لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شىء يتعين بالتعيين حتى لو قال : كاتبتك على هذه الألف الدراهم ، وهى لغيره جاز لأنها لا تتعين فى المعاوضات فيتعلق بدراهم دين فى الذمة فيجوز ، وعن أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الحسن رضى الله عنه أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز رد فى الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبه الصداق .

قلنا : إن العين فى المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما فى البيع ، بخلاف الصداق فى النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى ، فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله أنه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى ، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال فى الكتب والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود ، لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ، ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجوز ، أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب

تسليم قيمته كما فى النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ، ولو ملك المكاتب ذلك العين ، فعن أبى حنيفة رحمه الله رواه أبو يوسف رحمه الله أنه إذا أداه لا يعتق ، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له : إذا أديت إلىّ فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبى يوسف رحمه الله ، وعنه : أنه يعتق، قال ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط ، ولو كاتبه على عين فى يد المكاتب ففيه روايتان وهى مسئلة الكتابة على الأعيان ، وقد عرف ذلك فى الأصل وقد ذكرنا وجه الروايتين فى كفاية المنتهى .

قال (وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : هى جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقى) لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل فى إبدال العقود . ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى .

قال (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) استحسانا ، ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر فى النكاح .

أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول : دابة لايجوز لأنه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة ، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة . ومثلها يتحمل فى الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه . وقال الشافعى رحمه الله: لايجوز ، وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المسامحة ، بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة .

قال (وإذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لأنها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم ذلك ، إذ الخمر غير معين ، فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها ، وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم

أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض . لأن القيمة تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول ، فجاز أن يبقى العقد على القيمة . أما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا .

قال (وإذا قبضها عتق) لأن فى الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق ، وقد بيناه من قبل والله أعلم بالصواب .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى مقصوده ؛ وهو نيل الحرية بأداء البدل ، والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر لأن التجارة ربما لاتتفق فى الحضر ، فتحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة ، لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى أخرى .

قال (فإن شرط عليه أن لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص ، فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن فى صلب العقد ، وبمثله لاتفسد الكتابة ، وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة ، لأنه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه ، هذا هو الأصل ، أو نقول إن الكتابة فى جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا فى حق هذا الشرط والإعتاق لايبطل بالشروط الفاسدة .

قال (ولا يتزوّج إلا بإذن المولى) لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوّج ليس وسيلة إليه ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشىء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه إلا أن الشىء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لايجد بدًّا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون ، ومن ملك شيئا يملك ماهو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض فليس

من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لأن كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فإن وهب على عوض لم يصح) لأنه تبرع ابتداء (فإن زوج أمته جاز) لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد .

قال (وكذلك إن كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله ، لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال ، وجه الاستحسان : أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ، ولهذا يملكه الأب والوصى ، ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له .

قال (فإن أدّى الثانى قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى) لأن له فيه نوع ملك ، وتصح إضافة الإعتاق إليه فى الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما فى العبد إذا اشترى شيئا يثبت الملك للمولى .

قال (فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه) لأن المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وإن أدى الثانى بعد عتق الأول فولاؤه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له .

قال (وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوّج عبده لم يجز) لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه . أما الأول : فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين فى ذمة المفلس ، فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثانى : لأنه إعتاق على مال فى الحقيقة . وأما الثالث : فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على مامر .

قال (وكذلك الأب والوصى فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن فى تزويج الأمة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية .

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شىء من ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض

والشريك شركة عنان ، هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة ، ولهما أن المأذون له يملك الاجارة وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب فيتملك الاكتساب وهذا اكتساب ولأنه مبادلة المال بغير المال ، فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ، ولهذ لايملك هؤلاء كلهم تزويج العبد ، والله أعلم بالصواب .

فصـــل

قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الإمكان، ألا ترى أن الحرّ متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه (وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة رحمــه الله ، وقالا : يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد ، إذ وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفترقان فى الحرّ فى حق الحرية ، وله أن للمكاتب كسبا لاملكا غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى فى غيرهما حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأنهذه قرابة توسطت بين بنى الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثانى فى العتق وبالأول فى الكتابة ، وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى إن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه وإذا أعتق لا يكون له فسخه .

قال (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه ، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد فى هذا الحكم . قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله،لأنها أم ولد خلافا لأبى حنيفة رحمه الله، وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف ، فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ إلا أنه يثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه ، وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له ولد من أمة له دخل فى كتابته) لما بينا فى المشترى (فكان حكمه كحكمه وكسبه له) لأ كسب الولد كسب كسبه ، ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه (وكذلك إن ولدت المكاتبة ولدا) لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاد.

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ، ولهذا يتبعها فى الرق والحرية .

قال (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة ، فولدت منه ولدا ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة ، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه شارك الحرّ فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهذا لأنه ما رغب فى نكاحها إلا لينال حرية الأولاد ، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا ، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ، وخالفنا هذا الأصل فى الحر بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وهذا ليس فى معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به .

قال (وإن وطىء المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به فى الكتابة ، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق : أن فى الفصل الأول ظهر الدين فى حق المولى ، لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة ، وهذا العقر من توابعها ، لأنه لولا الشراء لما سقط الحد ومالم يسقط الحد لايجب العقر ،أما لم يظهر فى الفصل الثانى لأن النكاح ليس من الاكتساب فى شيء فلا تنتظمه الكتابه كالكفالة .

قال (وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر فى المكاتبة ،وكذلك العبد المأذون له) لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا، والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا فى حق المولى .

فصـــل

قال (وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهى بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل ، فتخير بينهما (ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر) لأن المولى يملك الإعتاق فى ولدها وماله من الملك يكفى لصحة الاستيلاد بالدعوة ، وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ماقدمنا ، ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه

مكاتبتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ، ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى ، إلا أن يدعى لحرمة وطئها عليه ، فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها ، فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها .

قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافى بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة ، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق ، والأكساب والألاد لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ، ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية .

قال (وإن كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافى اذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق (وإن مات المولى ولا مال غيرها فهى بالخيار بين أن تسعى فى ثلثى قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : تسعى فى الأقل منهما ، وقال محمد رحمه الله : تسعى فى الأقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة ، فالخلاف فى الخيار والمقدار فأبويوسف مع أبى حنيفة رحمهما الله فى المقدار ومع محمد رحمه الله فى نفى الخيار ، أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق ، والإعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة ، فتتخير عنده ، وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها ، فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير ، وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ، فههنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة ، ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شىء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة ، لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا ، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة

الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا ههنا ، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة ، وهى المسئلة التى تليه ، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده فى شىء فافترقا .

قال (وإن دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لأن الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار إن شاءت سعت فى ثلثى مال الكتابة أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا تسعى فى الأقل منهما فالخلاف فى هذا الفصل فى الخيار بناء على ماذكرنا ، أما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا .

قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لأنه ماالتزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وإن كانت لازمة فى جانب المولى ، ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له ، لأنا نبقى الكتابة فى حقه .

قال (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا . وفى القياس لايجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال ، والدين مال فكان ربا ولهذا لايجوز مثله فى الحر ومكاتب الغير ، وجه الاستحسان : أن الأجل فى حق المكاتب مال من وجه لأنه لايقدر على الأداء إلا به ، فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لاتصح الكفالة به ، فاعتدلا فلا يكون ربا ، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ، والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة ، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة .

قال (وإذا كاتب المريض عبده على ألفى درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدى ثلثى الألفين حالا والباقى إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : يؤدى ثلثى الألف حالا والباقى إلى أجله) لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته ، فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل ، ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة ، حتى أجرى عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل ، فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى ، فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لأن البدل فيه لايقابل المال ، فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل ، فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا : إذا باع المريض داره

بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشترى أد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع . وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى .

قال (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثى القيمة حالا أو ترد رقيقا فى قولهم جميعا) لأن المحاباة ههنا فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

باب من يكاتب عن العبد

قال (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أديت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتبا لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته ، وقبوله إجازة ولو لم يقل على أنى إن أديت إليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا ، لأنه لاشرط والعقد موقوف على إجازة العبد ، وفى الاستحسان يعتق لأنه لاضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق بأداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى حق لزوم الألف على العبد . وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البدل لايرجع على العبد) لأنه متبرع .

قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحسانا ، وفى القياس يصح على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه ، وجه الاستحسان : أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شىء ، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصلا فيه ، ولايكون على الغائب من البدل شىء لأنه تبع فيه .

قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية ، وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه .

قال (وأيهما أدى لايرجع على صاحبه) لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه .

قال (وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء) لما بينا (فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لايتغير حكمه حتى لو أدى لايرجع عليه كذا هذا .

قال (وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لأنها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على مابينا فى المسئلة الأولى وهى أولى بذلك من الأجنبى ، والله أعلم بالصواب .

باب كتابة العبد المشترك

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز ، فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما) وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الإذن : أن لايكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن ، وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء ، فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له ، وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز .

قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها ، فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ، ثم عجزت فهى أم ولد للأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها ، وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة ، وإذا ادعى الثانى ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق .

قال (ويضمن لشريكه نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد .

قال (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة .

قال (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه) لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ماعرف ولكنه وطيء أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر .

قال (وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز) لأن الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها ، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : هى أم ولد للأول ، ولا يجوز وطء الآخر) لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة ، وتبقى الكتابة فيما وراءه ، بخلاف التدبير ، لأنه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب ، لأن فى تجوزه إبطال الكتابة إذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا ، وإذا صارت كلها أم ولد له فالثانى وطئ أم ولد الغير .

قال (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة .

قال (ويلزمه جميع العقر) لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين ، وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له ، قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل ، وقيل يجب كل البدل ، لأن الكتابة لم تنفسخ إلا فى حق التملك ضرورة فلا يظهر فى حق سقوط نصف البدل ، وفى إبقائه فى حقه نظر للمولى ، وإن كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بإبدال منافعها ، ولو عجزت وردت فى الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على مابينا .

قال (ويضمن الأول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) لأنه تملك نصيب شريكه وهى مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك .

قال (وفى قول محمد رحمه الله يضمن الأقل من نصف قيمتها ، ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة) لأن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما .

قال (وإذا كان الثانى لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز ، وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء ، فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر .

قال (وهى أم ولد الأول) لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا .

قال (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة .

قال (ونصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة .

قال (والولد ولد الأول) لأنه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ، ووجهه ما بينا .

قال (وإن كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لا يرجع عليها) لأنها لما عجزت وردت فى الرق تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه فى الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأن الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب ، فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبة قبل ذلك ، وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا ويستسعى العبد إن كان معسرا . لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار .

قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر ، فإن شاء الذى دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ، ويستسعى العبد أو يعتق ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله) ووجهه : أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه

يتجزأ عنده ، ولـكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا ، لأن الإعتاق صادف المدبر ، ثم قيل : قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين ، وقيل : يجب ثلثا قيمته وهو قن لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه ، وانه ثت البيع فيسقط الثلث ، وإذا ضمنه لا يتملـكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا فأبق ، وإن أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاثة عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لأنه لايتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير .

قال (ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا) لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ، ويضمن نصف قيمته قنا لأنه صادفه التدبير وهو قن .

قال (وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لأن الإعتاق لايتجزأ ، فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده .

قال (ويضمن نصف قيمته إن كان موسرا) ويسعى العبد فى ذلك إن كان معسرا ، لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما والله أعلم .

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم فى حاله ، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجانبين ، والثلاثة هى المدة التى ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه .

قال (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الـكتابة ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لايعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علىّ رضى الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان ردّ فى الرقّ علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم ، فلابد من إمهال مدة استيسارا ، وأولى المدد ماتوافق عليه العاقدان ، ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين . وهذا

لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم ، وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه ، بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لابد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرا ، والآثار متعارضة فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما : أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها .

قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى .

قال (ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ) لأنه عقد لازم تام فلابد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض .

قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرقّ) لانفساخ الكتابة (وما كان فى يده من الأكساب فهو لمولاه) لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا لأنه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف .

قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ماعليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته ، ومابقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما ، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله ، وقال الشافعى رحمه الله : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه ، وإمامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه ؛ ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه إلى الأول لعدم المحلية ، ولا إلى الثانى لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت فى الحال والشىء يثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى، فكذا بموت الآخر . والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق بل أولى، لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ماقبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه ، وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه فى الخلافيات .

قال (وإن لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة أبيه على نجومه ، فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لأن الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الأداء وصار كما إذا ترك وفاء (وإن ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له إما أن تؤدى بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ،

أما عندهما يؤديه إلى أجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة ، والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ، ولهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف سائر أكسابه . ولأبى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود فى الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لأنه لما حكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه فى الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه وإن كان كبيرا جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته فى تلك الحالة على ما مر .

قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجز الولاء إلى موالى الأب ، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وإن اختصم موالى الأم وموالى الأب فى ولائه فقضى به لموالى الأم فهو قضاء بالعجز) لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصودا ، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة و نتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا .

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق وإليه وقعت الإشارة النبوية فى حديث بريرة رضى الله عنها : « هى لها صدقة ولنا هدية » . وهذا بخلاف ما إذا أباح للغنى والهاشمى ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا نطيبه ، ونظيره المشترى شراء فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبى يوسف رحمه الله ، وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لأنه لاخبث فى نفس

الصدقة وإنما الخبث فى فعل الآخذ لكونه إذلالا به ، ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة فإنه يطيب لهما ، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده .

قال (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى) لأن هذا موجب جناية العبد فى الأصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع فإذا زال عاد الحكم الأصلى (وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وإن قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقد رجع أبو يوسف رحمه الله إليه ، وكان يقول أولا يباع فيه ، وإن عجز قبل القضاء ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا ، بخلاف التدبير والاستيلاد لأنهما لايقبلان الزوال بحال .

قال (وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كيلا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أد المال إلى ورثة المولى على نجومه) لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء .

(فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه ، وهذا لأن المكاتب لايملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة ، وإن أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث ، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ، كما إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه فى المكاتب لافى بعضه ولا فى كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

كتاب الولاء

الولاء نوعان : ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة ، وسببه العتق على ملكه فى الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له . وولاء موالاة وسببه العقد ، ولهذا يقال : ولاء العتاقة ، وولاء الموالاة ، والحكم يضاف إلى سببه ، والمعنى فيهما التناصر ، وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبى عليه الصلاة والسلام تناصرهم بالولاء بنوعيه ، فقال : « إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم » والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف .

قال (وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ولأن التناصر به فيعقله ، وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولأن الغنم بالغرم ، وكذلك المرأة تعتق لما روينا «ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبى عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين » ويستوى فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ماذكرناه .

قال (فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح .

قال (وإذا أدى المكاتب عتق والولاء للمولى وإن عتق بعد موت المولى) لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه فى المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لأن فعل الوصى بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا فى العتاق (وولاؤهم له) لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد .

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا فى العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لاينتقل عنه أبدا) لأنه عتق على معتق الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا (وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) لتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لأنهما توأمان يتعلقان معا ، وهذا بخلاف

ما إذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره ، حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له ؛

قال (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالى الأم) لأنه عتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا (فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه ، وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) لأن العتق ههنا فى الولد يثبت تبعا للأم بخلاف الأول وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب . قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب ولا يورث » ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء ، والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة ، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه ، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى مابعد الموت ، والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا .

(وفى الجامع الصغير : وإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالى الأم) لأنهم عتقوا تبعا لأمهم ولاعاقلة لأبيهم ولاموالى فألحقوا بموالى الأم ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ماذكرنا (فان أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه) لما بينا (ولايرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا) لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وإنما يثبت للأب مقصودا لأن سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هنالك يثبت مستندا إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون .

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى) وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى . ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب فى حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ، ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم

بالنسب والقوى لايعارضه الضعيف ، بخلاف ماإذا كان الأب عربيا لأن أنساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء . قال رضى الله عنه : الخلاف فى مطلق المعتقة والوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقا .

(وفى الجامع الصغير : نبطى كافر تزوّج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبوحنيفة ومحمد رحمهما الله : مواليهم موالى أمهم ، وقال أبو يوسف رحمه الله : مواليهم موالى أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ، ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لايقبله والضعيف لايظهر فى مقابلة القوى ولو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا والترجيح لجانبه لشبهة بالنسب أو لأن النصرة به أكثر .

قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اشترى عبداً فأعتقه « هو أخوك ومولاك ، إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشرّ له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته » وورّث ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث ، وإذا كان عصبة تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى عن على رضى الله عنه (فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لأن المعتق آخر العصبات ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « ولم يترك وارثا » قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبة دون ذوى الأرحام ..

قال (فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى منه) لما ذكرنا (وإن لم يكن له عصبة من النسب فيراثه للمعتق) .

تأويله : إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقى بعد فرضه لأنه عصبة على مارويناه وهذا لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة ، وبالموالى الانتصار على مامر والعصبة تأخذ مابقى (فإن مات المولى ثم مات المعتق فيراثه لبنى المولى دون بناته ، وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم وفى آخره : أوجرّ ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ، ولأن ثبوت المالكية والقوّة فى العتق من جهتها ، فينسب بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه الفراش ،

وصاحب الفراش إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به ، حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه أقربهما عصوبة . وكذلك الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أقرب فى العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بنى الابن لأن الولاء للكبر) هو المروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم : عمر، وعلى ، وابن مسعود ، وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين ، ومعناه القرب على ما قالوا والصلبى أقرب .

فصل فى ولاء الموالاة

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعى رحمه الله : الموالاة ليست بشىء لأن فيه إبطال حق بيت المال ، ولهذا لا يصح فى حق وارث آخر ، ولهذا لا يصح عنده الوصية لجميع المال وإن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال ، وإنما يصح فى الثلث : ولنا قوله تعالى — والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم — والآية فى الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه : فقال « هو أحق الناس به محياه ومماته » وهذا يشير إلى العقل والإرث فى الحالتين هاتين ، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا لأنه مستحق .

قال (وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الأرحام) لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر فى الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب ، لأن تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة .

قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه) لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية ، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم إلا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول لأنه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة :

قال (وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غـيره) لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى به القاضى ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض فى الهبة وكذا لايتحول ولده وكذا إذا عقــــل عن ولده لم يكن لـكل واحد منهما أن يتحول لأنهم فى حق الولاء كشخص واحد .

قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لأنه لازم ومع بقائه لايظهر الأدنى .

كتاب الإكراه

قال (الإكراه يثبت حـكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ماتوعد به سلطانا كان أو لصا) لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ماتوعد به وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة ، والذى قاله أبو حنيفة رحمه الله : أن الإكراه لايتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لاتتحقق بدون المنعة ، فقد قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان لااختلاف حجة وبرهان ولم تـكن القدرة فى زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة الـكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع مايهدد به ، وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على مادعى إليه من الفعل .

قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقرّ لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضى . قال الله تعالى — إلا أن تـكون تجارة عن تراض منـكم — والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد ، بخلاف ماإذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ، لأنه لايبالى به بالنظر إلى العادة ، فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا ، وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الـكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ، ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا ، وعند زفر رحمه الله لايثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة . ألا ترى أنه لو جاز جاز والموقوف قبل الإجازة لايفيد الملك : ولنا أن ركن البيع صدر من أهله

مضافا إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي ، فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض ،حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لايمكن نقضه جاز ،ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة ، وبإجازة المالك يرتفع المفسد ، وهو الإكراه وعدم الرضا ، فيجوز إلا أنه لاينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لأن الفساد فيها لحق الشرع ،وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته . أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء ، فلا يبطل حق الأول لحق الثانى .

قال رضى الله تعالى عنه : ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره لأن الفساد لفوات الرضا . ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ، ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه .

قال (فإن كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لأنه دليل الاجازة كما فى البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعا بأن كان الاكراه على البيع لاعلى الدفع لأنه دليل الاجازة ، بخلاف ماإذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لأن مقصود المكره الاستحقاق لامجرد اللفظ ، وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على ماهو الأصل فدخل الدفع فى الاكراه على الهبة دون البيع .

قال (وإن قبضه مكرها فليس ذلك باجازة عليه رده إن كان قائما فى يده) لفساد العقد .

قال (وإن هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره أن يضمن المكره إن شاء) لأنه آلة له فيما يرجع إلى الاتلاف ، فكأنه دفع مال البائع إلى المشترى فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع ، وإن ضمن المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ماكان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله ومابعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

فصـــل

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر إن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحلّ له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه ، أو على عضو من أعضائه فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير ، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما فى حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد ، وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لأنه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما فى حالة المخمصة ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة .

قلنا : حالة الاضطرار مستثناة بالنصّ وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان إباحة لا رخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة فى هذه الحالة لأن فى انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الإسلام أو فى دار الحرب .

قال (وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لأن الاكراه بهذه الأشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى .

قال (وإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويورى ، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حين ابتلى به وقد قال له النبى عليه الصلاة والسلام «كيف وجدت قلبك ؟ قال مطمئنا بالإيمان . فقال عليه الصلاة والسلام فإن عادوا فعد » وفيه نزل قوله تعالى — إلا من أكره وقلبُه مطمئنٌ بالإيمان — الآية ولأن بهذا الاظهار لا يفوتِ الإيمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه .

قال (فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لأن خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه الصلاة والسلام سيد الشهداء : وقال فى مثله : «هو رفيقى فى الجنة » ولأن الحرمة باقية والامتناع لإعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء .

قال (وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لأن مال الغير يستباح للضرورة كما فى حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان آثماً) لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة مافكذا بهذه الضرورة.

قال (والقصاص على المكره إن كان القتل عمدا) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : وقال زفر رحمه الله : يجب على المكره ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لايجب عليهما . وقال الشافعى رحمه الله: يجب عليهما لزفر رحمه الله : أن الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم، بخلاف الاكراه على إتلاف مال الغير ، لأنه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف إلى غيره، وبهذا يتمسك الشافعى فى جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب إلى القتل منه ، وللتسبيب فى هذا حكم المباشرة عنده كما فى شهود القصاص ، ولأبى يوسف : أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا إلى التأثيم ، وأضيف إلى المكره من وجه نظرا إلى الحمل فدخلت الشبهة فى كل جانب ، ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ، ولايصلح آلة له فى الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه فى حق الاثم كما نقول فى الاكراه على الاعتاق ، وفى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره فى الاتلاف دون الزكاة حتى يحرم كذا هذا .

قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى رحمه الله وقد مرّ فى الطلاق .

قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لأنه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف إليه فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا ولا سعاية على العبد ، لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ باتلافه .

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول ، وإن لم يكن فى العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره

من حيث إنه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها ، لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق

(ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لأن الاكراه مؤثر فى فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، ويرجع على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل ، والنذر لا يعمل فيه الاكراه لأنه لايحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لامطالب له فى الدنيا فلا يطالب به فيها ، وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالها الفسخ ، وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لايعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام .

قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه فى الحدود .

قال (وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) لأن الردة تتعلق بالاعتقاد : ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فإن قالت المرأة : قد بنت منك وقال هو : قد أظهرت ذلك وقلبى مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانا ، لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ، ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله ، بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام فى الحالين ، لأنه يعلو ولا يعلى ، وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهى دارئة للقتل ، ولو قال الذى أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ، ولم أكن فعلت بانت منه حكما لاديانة لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ، ولو قال : أردت ما طلب منى وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبى عليه الصلاة والسلام ففعل ، وقال : نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبى عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لاديانة ، ولو صلى للصليب وسب محمدا النبى عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبى عليه الصلاة والسلام : بانت منه ديانة وقضاء لما مر ، وقد قررناه بزيادة على هذا فى كفاية المنتهى ، والله أعلم .

كتاب الحجر

قال (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر والرق والجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرّف العبد إلا بإذن سيده ، ولا تصرّف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله ، غير أن إذن الولى آية أهليته والرقّ لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه ، والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل فى نفسه والصبىّ مرتقب أهليته فلهذا وقع الفرق .

قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ، ويقصده فالولى بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه) لأن التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبىّ والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده ، وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة ، فإن قيل : التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر . قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما فى شراء الفضولى وههنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه .

قال (وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال) لأنه لا مردّ لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبىّ والمجنون .

قال (والصبىّ والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى والمعتوه » والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبى على المصلحة فى الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولىّ على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود .

قال (وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه) إحياء لحق المتلف عليه وهذا لأن كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القولى على ما بيناه .

قال (فأما العبد فإقراره نافذ فى حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ فى حق مولاه) رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله .

قال (فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه فى الحال لقيام المانع (وإن أقر بحد أو قصاص لزمه فى الحال) لأنه مبقى على أصل الحرية فى حق الدم ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق » ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا ، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ ، والله أعلم بالصواب .

باب الحجر للفساد

(قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه فى ماله جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لاغرض له فيه ولا مصلحة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعى رحمه الله : يحجر على السفيه ويمنع من التصرف فى ماله) لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبى بل أولى لأن الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده ، ولأبى حنيفة رحمه الله : أنه مخاطب عاقل ، فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا ، لأن فى سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير ، فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ، حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل ، والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز فيما يروى عنه إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ، ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه فى العقوبة ولا على الصبى لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه قد نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجرى على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لأن غالب السفه فى الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد .

قال (وإذا حجر القاضى عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء ، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى

القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضي ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد وقالا : لا يدفع إليه ماله أبدا ، حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه) لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع ، فلزم الدفع ولأن المنع باعتبار أثر الصبا ، وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان ، فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه ، لأنه ليس بأثر الصبا ، ثم لا يتأتى التفريع على قوله . وإنما التفريع على قول من يرى الحجر ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه ، وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له ، وقد نصب الحاكم ناظرا له ، فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ، ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله ، لأنه لا بد من حجر القاضي عنده ، لأن الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره ، فلا بد من فعل القاضي ، وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنه يبلغ محجورا عنده إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وإن أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي رحمه الله : لا ينفذ والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لأن السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء ، لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله ، فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه .

والأصل عنده : أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق ، والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر ، فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ، وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد

وجوبها فى الشرع إلا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته ، إلا أنه لاتجب السعاية ما دام المولى حيا لأنه باق على ملكه وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى فى قيمته مدبرا لأنه عتق بموته وهو مدبر فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصلح فى حقه (وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لايقدر على بيعها وإن مات سعت فى جميع قيمتها) لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل .

قال (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) لأنه لايؤثر فيه الهزل ولأنه من حوائجه الأصلية (وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لأنه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لأنه لاضرورة فيه ، وهذا التزام بالتسمية ، ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف فى ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا :

قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لأنها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوى أرحامه) لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته والسفه لايبطل حقوق الناس ، إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها لأنه لابد من نيته لكونها عبادة ، لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه فى غير وجهه ، وفى النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته ، وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لايلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك مايجب ابتداء بغير فعله .

قال (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضى النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج) كيلا يتلفها فى غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها بخلاف مازاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لأنه لايمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما ، فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة)

تحرزا عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنه لايجزئه غيرها وهى جزور أو بقرة :

قال (فإن مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلثه) لأن نظره فيه إذ هى حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى .

قال (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلى والطارئ سواء) وقال الشافعى رحمه الله : يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما فى السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ، ولنا قوله تعالى — فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم — الآية وقد أونس منه نوع رشد ، فتتناوله النكرة المطلقة ، ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه ،فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ، ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى رحمه الله بسبب الغفلة ، وهو أن يغبن فى التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له .

فصل فى حد البلوغ

قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والانزال إذا وطئ فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا) وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله ، وهو قول الشافعى رحمه الله ، وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة ، وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ،ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف ، وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة .

أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لايكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض فى أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ ، وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين .

وأما السن فلهم العادة الفاشية ، أن البلوغ لايتأخر فيهما عن هذه المدة، وله قوله تعالى — حتى يبلغ أشده — وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة ، هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبى وهذا أقل ماقيل فيه ، فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن

أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة :

قال (وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم، وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة فى الحيض :

باب الحجر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة رحمه الله : لا أحجر فى الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لأن فى الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر ، ولأنه تجارة لا عن تراض ، فيكون باطلا بالنص (ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه (وقالا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء) لأن الحجر على السفيه إنما جوزاه نظرا له ، وفى هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم ، ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل . أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه .

قال (وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضى منابه كما فى الجب والعنة .

قلنا : التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك ، بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا :

قال (وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضى بغير أمره) وهذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضى أن يعينه (وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضى فى دينه) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله استحسان ، والقياس أن لا يبيعه كما فى العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا ، وجه الاستحسان

أنهما متحدان فى الثمنية والمالية مختلفان فى الصورة ، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها . أما النقود فوسائل فافترقا (ويُباع فى الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر) لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى) لأن به كفاية ، وقيل دستان وهو اختيار شمس الأئمة الحلوانى لأنه إذا غسل ثيابه لابد له من ملبس .

قال (فإن أقر فى حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لامرد له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر .

قال (وينفق علىّ المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ، ولهذا لو تزوج امرأة كانت فى مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء .

قال (فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول : لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب ، فلا نعيدها إلى أن قال : وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له : يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة ، ولو مرض فى الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى .

قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام « لصاحب الحق يد ولسان » أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى .

قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة (وقالا إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا) لأن القضاء بالافلاس

عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالإفلاس لأن مال الله تعالى غاد ورائح ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لأنها أكثر إثباتا إذ الأصل هو العسرة، وقوله فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الانسان لابد أن يكون له موضع خلوة ، ولو اختار المطلوب الحبس ، والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه إلا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره ، فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها .

قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعى رحمه الله : يحجر القاضى على المشترى بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم . ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين ، وهو غير مستحق بالعقد ، فلا يثبت حق الفسخ باعتباره، وإنما المستحق وصف فى الذمة : أعنى الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا فى موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

تم الجزء الثالث ، ويليه الجزء الرابع

وأوله

كتاب المأذون

فهرس
الجزء الثالث من الهداية

صحيفة

صفحة

صحيفة

صحيفة

صفحة

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمود نصار الحلبي وشركاه - خلفاء



تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين

أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل

الرشدانى المرغينانى

المتوفى سنة ٥٩٣ هجرية

فى الفقه على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان

الجزء الرابع

الطبعة الأخيرة

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر

محمود نصار الحلبى وشركاه - خلفاء

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المأذون

الإذن : الاعلام لغة ، وفى الشرع : فك الحجر وإسقاط الحق عندنا ، والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرق بقى أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه إلا موجبا لتعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلابد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ، ولهذا لا يقبل التوقيت ، حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا ، حتى يحجر عليه لأن الإسقاطات لا تتوقت ، ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله ، ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبى بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لولم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم .

قال (وإذا أذن المولى لعبده فى التجارة إذنا عاما جاز تصرفه فى سائر التجارات) ومعنى هذه المسألة أن يقول له : أذنت لك فى التجارة ولا يقيده ، ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس ، فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبى حنيفة

رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان: إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ، فلا ينتظمه الاذن كالهبة ، وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحرّ ، وعلى هذا الخلاف الصبىّ المأذون (ولو حابى فى مرض موته تعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فن جميع ما بقى) لأن الاقتصار فى الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ، وإذا كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى أدّ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما فى الحر (وله أن يسلم ويقبل السلم) لأنه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لأنه قد لا يتفرغ بنفسه .

قال (ويرهن ويرتهن) لأنهما من توابع التجارة فإنهما إيفاء واستيفاء (ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض مزارعة) لأن فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه فى أرضه) لأنه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام « الزارع يتاجر ربه » (وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لأنه من عادة التجار (وله أن يؤاجر نفسه) عندنا خلافا للشافعى رحمه الله هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها ، لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها إلا إذا كان يتضمن إبطال الاذن كالبيع لأنه ينحجر به والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى . أما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه :

قال (فإن أذن له فى نوع منها دون غيره فهو مأذون فى جميعها) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايكون مأذونا إلا فى ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر ، لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى ، لأنه يستفيدالولاية من جهته ، ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب . ولنا أنه إسقاط الحق وفكّ الحجر على مابيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع ، بخلاف الوكيل ، لأنه يتصرف فى مال غيره ، فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد ، حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه .

قال (وإن أذن له فى شىء بعينه فليس بمأذون) لأنه استخدام ، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لأهله ، وهذا لأنه لو صار مأذونا ينسد عليه

باب الاستخدام ، بخلاف ما إذا قال أدّ إلىّ الغلة كل شهر كذا أو قال : أدّ إلىّ ألفا وأنت حرّ لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب أو قال له : اقعد صباغا أو قصارا لأنه أذن بشراء مالا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا فى الأنواع .

قال (وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع) لأن الاقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار فى صحته ، فإن كان فى مرضه يقدم دين الصحة كما فى الحرّ ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لأنه كالمحجور فى حقه .

قال (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس بتجارة .

قال (ولا يزوج مماليكه) وقال أبو يوسف رحمه الله : يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها ، ولهما أن الاذن يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد ، وعلى هذا الخلاف الصبى المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصى .

قال (ولا يكاتب) لأنه ليس بتجارة ، إذ هى مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل لفك الحجر فلم يكن تجارة (إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق إلى المولى لأن الوكيل فى الكتابة سفير .

قال (ولا يعتق على مال) لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى (ولا يقرض) لأنه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة .

قال (إلا أن يهدى اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين ، بخلاف المحجور عليه ، لأنه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر ، لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى . قالوا : ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشىء اليسير كالرغيف ونحوه لأن ذلك غير ممنوع عنه فى العادة .

قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لأنه من صنيعهم ، وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرع

فطس بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ، ولا كذلك المحاباة فى الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على مايبناه (وله أن يؤجل فى دين وجب له) لأنه من عادة التجار .

قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايباع ويباع كسبه فى دينه بالإجماع ، لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لاتفويت مال قدكان له وذلك فى تعليق الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شىء منه عن الدين يحصل له لابالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية ، واستهلاك الرقبة بالجناية لايتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى ، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك ، والجامع دفع الضرر عن الناس ، وهذا لأن سببه التجارة وهى داخلة تحت الإذن ، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هــذا الوجه صلح غرضا للمولى ، وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه ، وتعلقه بالكسب لاينافى تعلقه بالرقبة ، فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة ، وقوله فى الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو فى معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به .

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فإن فضل شىء من ديونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كيلا يمتنع البيع ، أو دفعا للضرر عن المشترى (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ، ويتعلق بما يقبل من الهبة) لأن المولى إنما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب ، والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم .

قال (فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى مابعد العتق . لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه فى السوق . وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز ، وإن بايعه الذى علم بحجره ، ولو حجر عليه

فى بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ، ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل ، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وإنما يشترط الشيوع فى الحجر إذا كان الإذن شائعا . أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لاضرر فيه .

قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لأن الإذن غير لازم ، وما لايكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الإبتداء هذا هو الأصل ، فلابد من قيام أهلية الإذن فى حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون ، وكذا باللحوق لأنه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته .

قال (وإذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعى رحمه الله : يبقى مأذونا لأن الإباق لاينافى ابتداء الإذن فكذا لاينافى البقاء وصار كالغصب. ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضيه دينه بكسبه ، بخلاف ابتداء الإذن لأن الدلالة لامعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها ، وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر .

قال (وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لزفر رحمه الله ، هو يعتبر حالة البقاء بالإبتداء . ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الإبتداء لأن الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون) لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء ، إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم .

قال (وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذون لها على حالها) لإنعدام دلالة الحجر إذ العادة ماجرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميها أيضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه فى أم الولد .

قال (وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز فيما فى يده من المال عند أبى حنيفة رحمه الله) ومعناه : أن يقر بما فى يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه ، أو يقر بدين عليه فيقضى مما فى يده . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لايجوز إقراره ، لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر ، وإن كان اليد فالحجر أبطلها ، لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ، ولهذا لايصح إقراره فى حق الرقبة بعد الحجر ، وله أن المصحح هو اليد ، ولهذا لايصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة .

وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها، بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار ، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره ، وكذا ملكه ثابت فى رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه ، وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ماعرف فلا يبقى ماثبت بحكم الملك ، ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع .

قال (وإن لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده ، ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته) لأنه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ، ولهذا يملك إعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله ، بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث ، والنظر فى ضده عند إحاطة الدين بتركته .

أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد ، وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه ، وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته ، وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به .

قال (وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسدّ باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه .

قال (وإن باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لأنه كالأجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وإن باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لأنه متهم فى حقه ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبى عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه ، حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا ، وقالا : إن باعه بنقصان يجوز البيع ، ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة ، وإن شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء .

ووجه ذلك : أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبى بالمحاباة اليسيرة، حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه

تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الأجنبى لانعدامها ، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لاتجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن فى البيع مع الأجنبى وهو إذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على أصلهما .

قال (وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لأن المولى أجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ، ولا تهمة فى هذا البيع ، ولأنه مفيد فإنه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لأن حق المولى فى العين من حيث الحبس ، فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين ولا يستوجبه المولى على عبده ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين .

قال (وإن أمسكه فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لأنه البائع له حق الحبس فى المبيع ، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين إذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا فى جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء .

قال (وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لأن ملكه فيه باق ، والمولى ضامن لقيمته للغرماء ، لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لأن الدين فى ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يتضمن شيئا .

قال (فإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاءوا ضمنوا المشترى) لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضى المولى دينهم ، والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغيب فيخيرون فى التضمين (وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالاذن السابق كما فى المرهون (فإن ضمنوا البائع قيمته ، ثم رد على المولى بعيب ، فللمولى أن يرجع بالقيمة ، ويكون حق الغرماء فى العبد) لأن

سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم ، وصار كالغاصب إذا باع وسلم ، وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا .

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ، وفى كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثانى ناقص معجل ، وبالبيع تفوت هذه الخيرة ، فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم .

قال (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى) معناه إذا أنكر الدين وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها ، وغاب ثم حضر الشفيع ، فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له ، وعنهما مثل قوله فى مسئلة الشفعة ، لأبى يوسف رحمه الله : أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ، ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب .

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شىء من التجارة) لأنه إن أخبر بالإذن فالاخبار دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه إذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل فى المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس (إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله فى الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر وقال : هو مأذون بيع فى الدين) لأنه ظهر الدين فى حق المولى (وإن قال هو محجور فالقول قوله) لأنه متمسك بالأصل .

فصـــل

(وإذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعى رحمه الله : لا ينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه ، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف عليه ، ويملك حجره فلا يكون وليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق ، بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولى ، وكذلك الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه .

أما البيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ههنا . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره فى الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت نظرا إلى إذن الولى وبقاء ولايته لنظر الصبى لاستيفاء المصلحة بطريقين ، واحتمال تبدل الحال ، بخلاف الطلاق والعتاق لأنه ضار محض فلم يؤهل له ، والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر ، فيجعل أهلا له بعد الإذن لا قبله لكن قبل الإذن يكون موقوفا منه على إجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف فى نفسه ، وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصى والقاضى والوالى ، بخلاف صاحب الشرط ، لأنه ليس إليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حقه ، لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا ، فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذونا بالسكوت كما فى العبد ويصح إقراره بما فى يده من كسبه ، وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية ، كما يصح إقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما فى العبد ، والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصى دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبى والله أعلم .

كتاب الغصب

الغصب فى اللغة : عبارة عن أخذ الشىء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة ، وفى الشريعة : أخذ مال متقوم محترم ، بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ، ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم ، وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد ، فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع .

قال (ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله) وفى بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ـ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر .

قال (فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يوم الغصب ، وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع) لأبي يوسف رحمه الله : أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله : أن الواجب المثل فى الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن النقل لايثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك وإنما ينتقل بقضاء القاضى ، فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ، بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك .

قال (ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة ، لأنه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس ، فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان ، أما العددى المتقارب فهو كالمكيل ، حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لامثل له .

قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » . وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه » ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلى على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر ، إذ الكمال فى رد العين والمالية ، وقيل الموجب الأصلى القيمة ، ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الأحكام :

قال (والواجب الرد فى المكان الذى غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن (فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض ، فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر ، فلا يقبل قوله ، كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع ، فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة .

قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره ، لأن إزالة اليد بالنقل (وإذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يضمنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله

الأول ، وبه قال الشافعي رحمه الله ، لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد فى حالة واحدة ، فيتحقق الوصفان وهو الغصب على مابيناه ، فصار كالمنقول وجحود الوديعة ، ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل فى العين ، وهذا لايتصور فى العقار ، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا فى العقار ، فصار كما إذا بعد المالك عن المواشى ، وفى المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك .

قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعا) لأنه إتلاف والعقار يضمن به ، كما إذا نقل ترابه لأنه فعل فى العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ، فلو غصب دارا وباعها وسلمها ، وأقر بذلك والمشترى ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف فى الغصب هو الصحيح .

قال (وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لأنه أتلف البعض ، فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل :

قال رضى الله عنه : (وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لايتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجانبين .

قال (وإذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وفى أكثر نسخ المختصر وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لأن العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق ، إذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ، ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وإن نقص فى يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب ، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ، بخلاف تراجع السعر ، إذا رد فى مكان الغصب ، لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد ، أما الغصب فقبض ، والأوصاف تضمن بالفعل لابالعقد على ما عرف . قال رضى الله عنه : ومراده غير الربوى . أما فى الربويات لايمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا .

قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بيناه (ويتصدق بالغلة) قال رضى الله عنه : وهذا عندهما أيضا ، وعنده لا يتصدق بالغلة ، وعلى هذا

الخلاف إذا آجر المستعير المستعار، لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر ، وكذلك الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب عندنا ، ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق ، إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث .

(فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول ، فيزول الخبث بالأداء إليه ، بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشترى ، ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه ، لأن الخبث ما كان لحق المشترى إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه ، فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال ، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا .

قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ، ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله : أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله ، وقد مرت الدلائل ، وجوابهما في الوديعة أظهر ، لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف ، لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ، ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة ، أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن . أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له ، وهكذا قال الكرخي رحمه الله ؛ لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث . وقال بعض مشايخنا رحمهم الله : لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط .

قال (وإن اشترى بالألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس . والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل : فيما يتغير بفعل الغاصب

قال (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب ، حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها ، أو حديدا فاتخذه سيفا ، أو صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لاينقطع حق المالك ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده ، لأنه يؤدي إلى الربا ، وعند الشافعي رحمه الله : يضمنه . وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي رحمه الله : أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة . كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ، ولا معتبر بفعله لأنه محظور ، فلا يصلح سببا للملك على ما عرف ، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا ، وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ، ولنا أنه أحدث صنعة متقومة ، فصير حق المالك هالكا من وجه ، ألا ترى أنه تبدل الاسم ، وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه ، فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ، ولا نجعله سببا للملك من حيث إنه محظور بل من حيث إنه إحداث الصنعة ، بخلاف الشاة ، لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ، ويتفرع عليه غيرها فاحفظه .

وقوله : ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان ، والقياس : أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله ، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ، وجه الاستحسان ... عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك ، وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ، ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب ، فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ، ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد ، وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به ، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم ، أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي إلا بطلبه ، وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة

فغرسها غير أنه عند أبي يوسف رحمه الله : يباح الانتفاع فيما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف ماتقدم لقيام العين فيه من وجه وفى الحنطة يزرعها لايتصدق بالفضل عنده خلافا لهما ، وأصله ما تقدم .

قال (وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولاشيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها) لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ،ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه ،ألا ترى أن الاسم باق ، ومعناه الأصلى الثمنية وكونه موزونا، وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا ، لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها .

قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ، ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعى رحمه الله : للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه ، ووجه آخر لنا فيا أن فيا ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده ، أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته ،ثم قال الكرخى والفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله إنما لا ينقض إذا بنى فى حوالى الساجة ، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح .

قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور ، وكذا إذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ، ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش فى الثوب ، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمى يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف .

قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه) لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه .

قال (وإن خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه ، فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه .

قال رضى الله عنه : معناه يترك الثوب عليه (وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث إن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم ، ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمدا رحمه الله جعل فى الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع .

قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» ولأن ملك صاحب الأرض باق ، فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لايتحقق فيها ولابد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه .

قال (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له) لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما ، وقوله قيمته مقلوعا ، معناه : قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذ لاقرار له فيه ، فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما .

قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن ، فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما وغرم مازاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعى رحمه الله : فى الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة بنى فيها ، لأن التمييز ممكن بخلاف السمن فى السويق لأن التمييز متعذر : ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين ، والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجة بنى فيها لأن النقض له بعد النقض ، أما الصبغ فيتلاشى ، وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ :

قال أبو عصمة رحمه الله فى أصل المسئلة : وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته

أيضى وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه ، لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة ، وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع ، ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه ، وقد ظهر بما ذكرنا الوجه فى السويق ، غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته .

وقال فى الأصل : يضمن قيمة السويق ، لأن السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا ، وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ، ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما زيادة ، وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوبا يزيد فيه السواد ، فهو كالحمرة وقد عرف فى غير هذا الموضع ، ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة ، بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين ، فعن محمد رحمه الله : أنه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ .

فصـــل

(ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا ، وقال الشافعى رحمه الله : لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما فى المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه ، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن للبيع بعده يصادف القن .

قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأن المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لأنه أثبته بالحجة الملزمة .

قال (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب) لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك ، حيث ادعى هذا المقدار .

قال (فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار ، حيث يدعى الزيادة وأخذه

دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخى رحمه الله : إنه لا خيار له لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا .

قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ، ولهذا يظهر فى حق الأكساب دون الأولاد والناقص يكفى لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب .

قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة فى يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه) وقال الشافعى رحمه الله : زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب ، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما فى الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت فى يديه يكون مضمونا عليه . ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ، ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال فى الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه . وفى الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا رحمهم الله ، ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ، ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالإعانة والإشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى .

قال (وما نقصت الجارية بالولادة فى ضمان الغاصب فإن كان فى قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه ، فلا يصلح جابرا ملكه كما فى ولد الظبية ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد ، أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما إذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم . ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد ، وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا ، فلا يوجب ضمانا ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب فى يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد

الظبية ممنوع ، وكذا إذا ماتت الأم وتخريج الثانية : أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لاتفضى إليه غالبا ، وبخلاف ماإذا مات الولد قبل الرد ، لأنه لابد من رد أصله للبراءة ، فكذا لابد من رد خلفه والخصاء لايعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ، ولا اتحاد فى السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعلم والزيادة سببها الفهم .

قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت فى نفاسها يُضمن قيمتها يوم علقت ، ولاضمان عليه فى الحرة ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايضمن فى الأمة أيضا) لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك ، وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت فى يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت فى يده ، ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ، فولدت عند المشترى وماتت فى نفاسها لايرجع على البائع بالثمن بالاتفاق . وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذى أخذه . فلم يصح الرد وصار كما إذا جنت فى يد الغاصب جناية فقتلت بها فى يد المالك أو دفعت بها ، بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لأنها لاتضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد ، وفى فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب فى يد الغاصب .

قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله ، فيغرم النقصان) وقال الشافعى رحمه الله : يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق فى المذهبين بين ما إذا عطلها أو سكنها :

وقال مالك رحمه الله : إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لاشىء عليه ، له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب . ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فى إمكانه ، إذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك ، لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته ، والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها ، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ، وقد عرفت هذه المآخذ فى المختلف ولا نسلم أنها متقومة فى ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين .

فصل فى غصب ما لا يتقوم

قال (وإذا أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن قيمتهما ، فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعى : لا يضمنهما للذمى أيضا ، وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمى على ذمى أو باعهما الذمى من الذمى ، له أنه سقط تقوّمهما فى حق المسلم ، فكذا فى حق الذمى ، لأنهم أتباع لنا فى الأحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق فى حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع ، فيتعذر الإلزام ، وإذا بقى التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه ، بخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تموّلهما إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه إعزازا له ، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين ، لأن الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمى لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين ، وبخلاف متروك التسمية عامدا إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة .

قال (فإن غصب مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شىء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس ، وبالفصل الثانى : إذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك . والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب فكان بمنزلته ، فلهذا يأخذ الخل بغير شىء ويأخذ الجلد ، ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع .

قال (وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه) ولو هلك فى يده لا يضمنه بالإجماع .

أما الخل : فلأنه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف . ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال ، وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ، وهو مال متقوم ، فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ، ويعطيه المالك ما زاد

الدباغ فيه كما إذا خضب ثوبا فصبغه ، ثم استهلكه يضمنه ، ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه ، ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه خلفه قيمته كما فى المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه ، وموضعها يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس .

أما عند الخلافه فطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الأخذ منه ، ثم فى الرد عليه ، وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه ، فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه ، فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه . بخلاف وجوب الرد حال قيامه ، لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها ، وإن لم يكن متقوما بخلاف الذكى والثوب ، لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ ، فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك ، لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب ، لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على مابيناه ، ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك ، وقيل : يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ، ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شىء ، لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا ، وقيل طاهرا غير مدبوغ ، لأن وصف الدباغة هو الذى حصله ، فلا يضمنه .

وجه الأول وعليه الأكثرون : أن صفة الدباغة تابعة للجلد ، فلا تفرد عنه وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته ، ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبى حنيفة رحمه الله : صار ملكا للغاصب ولا شىء له عليه ، وعندهما أخذه المالك ، وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ، ومعناه ههنا : أن يعطى مثل وزن الملح من الخل ، وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ماقيل وقيل فى دبغ الجلد ، ولو استهلكها لا يضمنها عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، كما فى دبغ الجلد .

ولو خللها بالقاء الخل فيها ، فعن محمد رحمه الله : أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ، ولا شىء عليه لأنه استهلاك له وهو غير متقوم وإن لم تصر خلا إلا بعد

زمان ، بأن كان الملقى فيه خلا قليلا ، فهو بينهما على قدر كيلهما ، لأن خلط الخل بالخل فى التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك ، وعند أبى حنيفة رحمه الله : هو للغاصب فى الوجهين ، ولا شىء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ، ولا ضمان فى الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه ، وعن محمد رحمه الله : لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الأول لما بينا ويضمن فى الوجه الثانى ، لأنه أتلف ملك غيره . وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شىء لأن الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر ، فلم يبق متقوما ، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ ، وقد أثبتناها فى كفاية المنتهى .

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أودفا أو أراق له سكرا أو منصفا ، فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز) وهـذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا يضمن ، ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف ، وقيل الفتوى فى الضمان على قولهما والسكر اسم للنىء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ ، وفى المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى التضمين والبيع ، لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية ، فبطل تقومها كالخمر ولأنه فعل ما فعل آمرا بالمعروف ، وهو بأمر الشرع ، فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام ، ولأبى حنيفة رحمه الله : أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل ، فصار كالأمة المغنية وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار ، فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما ، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصرانى صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لأنه مقر على ذلك .

قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا : يضمن قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق

وعالية أم الولد غير متقومة عنده ، وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب والله أعلم بالصواب .

كتاب الشفعة

الشفعة : مشتقة من الشفع ، وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع .

قال (الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ، ثم للخليط فى حق المبيع ، كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب :

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم » ولقوله عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه ؟ قال شفعته » ويروى « الجار أحق بشفعته » وقال الشافعى رحمه الله : لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس ، لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه فى الأصل دون الفرع : ولنا ما روينا ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع ، وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة ، إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار على ما عرف ، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى ، لأن الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى ، وضرر القسمة مشروع لايصلح علة لتحقيق ضرر غيره :

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع » فالشريك فى نفس المبيع ، والخليط فى حقوق المبيع ، والشفيع هو الجار ، ولأن الاتصال بالشركة فى المبيع أقوى لأنه فى كل جزء وبعده الاتصال فى الحقوق ، لأنه شركة فى مرافق الملك ، والترجيح يتحقق بقوة السبب ، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحا .

قال (وليس الشريك فى الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم .

قال (فإن سلم فالشفعة للشريك فى الطريق فإن سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة أخرى ، وعن أبى يوسف : أن مع وجود الشريك فى الرقبة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به ، ووجه الظاهر : أن السبب قد تقرر فى حق الكل ، إلا أن للشريك حق التقدم فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ، والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار أو جدار معين منها ، وهو مقدم على الجار فى المنزل وكذا على الجار فى بقية الدار فى أصح الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله ، لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة ، ثم لابد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه . فالطريق الخاص ، أن لايكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لاتجرى فيه السفن ، وما تجرى فيه فهو عام ، وهــذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام ، فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا ، وإن بيعت للعليا فلأهل السكتين ، والمعنى ماذكرنا فى كتاب أدب القاضى ، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه .

قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار) لأن العلة هى الشركة فى العقار وبوضع الجذوع لايصير شريكا فى الدار إلا أنه جار ملازق .

قال (والشريك فى الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا .

قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك) وقال الشافعى رحمه الله : هى على مقادير الأنصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ، ألا يرى أنها لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة . ولنا أنهم استووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون فى الاستحقاق . ألا يرى أنه لوانفرد واحد منهم استحق كل الشفعة ، وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة ، والترجيح يقع بقوة فى الدليل لابكثرته ، ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته ، وتملك ملك غيره لايجعل ثمرة من ثمرات ملكه ، بخلاف الثمرة وأشباهها ولو أسقط بعضهم حقه ، فهى للباقين فى الكل على

عددهم ، لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب فى حق كل واحد منهم وقد انقطعت ،
ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم ، لأن الغائب لعله لايطلب ؛ وإن
قضى للحاضر بالجميع ، ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث مافى يد
كل واحد تحقيقا للتسوية ،فلو سلم الحاضر بعد ماقضى له بالجميع لايأخذ القادم إلا النصف
لأن قضاء القاضى بالكلّ للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ماقبل القضاء .

قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لاأنه هو السبب ، لأن سببها الاتصال
على مابيناه ،والوجه فيه :أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ،
ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه ، حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان
المشترى يكذبه .

قال(وتستقر بالاشهاد ولابد من طلب المواثبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالاعراض،
فلابد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ، ولأنه يحتاج إلى إثبات
طلبه عند القاضى ولا يمكنه إلا بالاشهاد .

قال (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) لأن الملك للمشترى قد
تم ، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أو قضاء القاضى كما فى الرجوع فى الهبة ، وتظهر
فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين ، أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار
بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم ، أو تسليم الخاصم لاتورث عنه فى الصورة الأولى ،
وتبطل شفعته فى الثانية ، ولا يستحقها فى الثالثة لانعدام الملك له، ثم قوله تجب بعقد البيع
بيان أنه لايجب إلاعند معاوضة المال بالمال على مانبينه إن شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى
أعلم بالصواب .

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) .

اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب المواثبة ، وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع
البيع ، ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها
ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته ، وعلى
هذا عامة المشايخ رحمهم الله ، وهو رواية عن محمد ، وعنه أن له مجلس العلم والروايات

فى النوادر ، وبالثانية أخذ الكرخى لأنه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة ، ولو قال بعد مابلغه : البيع الحمد لله أو لاحول ولا قوة إلا بالله أو قال : سبحان الله لاتبطل شفعته ، لأن الأول حمد على الخلاص من جواره . والثانى : تعجب منه لقصد إضراره . والثالث : لافتتاح كلامه فلا يدله شىء منه على الإعراض ، وكلما إذا قال : من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، والمراد بقوله فى الكتاب : أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة : طلب المواثبة ، والاشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفى التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى مااختاره الكرخى رحمه الله ؛ ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة ، كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لأن الاعتبار للمعنى ، وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد ، حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا كان أو امرأة إذا كان الخبر حقا ، وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل ، وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم ، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده ، لأنه ليس فيه إلزام حكم ، وبخلاف ما إذا أخبره المشترى ، لأنه خصم فيه ، والعدالة غير معتبرة فى الخصوم ، والثانى طلب التقرير والاشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضى على ماذكرنا ، ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة ، لأنه على فور العلم بالشراء ، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الاشهاد والتقرير ، وبيانه ماقال فى الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده) معناه لم يسلم إلى المشترى (أو على المبتاع أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه ، لأن للأول اليد وللثانى الملك ، وكذا يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به ؛ فإن سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما إذ لا يد له ولا ملك فصار كالأجنبى ؛

وصورة هذا الطلب : أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار ، وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ، وعن أبى يوسف : أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده ، لأن المطالبة لا تصح إلا فى معلوم ، والثالث طلب الخصومة والتملك ، وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى ؛

قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو رواية عن أبى يوسف ، وقال محمد رحمه الله : إن تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت) وهو قول زفر رحمه الله معناه : إذا تركها من غير عذر ، وعن أبى يوسف : أنه إذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته ، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ، ولم يخاصم فيه اختيار دل ذلك على إعراضه وتسليمه ، وجه قول محمد : أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشترى ، لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع ، فقدرناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مر فى الأيمان ، ووجه قول أبى حنيفة ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا باسقاطه ، وهو التصريح بلسانه كما فى سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا ، ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر ، ولو علم أنه لم يكن فى البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق ، لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضى فكان عذرا .

قال (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضى ، فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذى يشفع به وإلا كلفه باقامة البينة) لأن اليد ظاهر محتمل ، فلا تكفى لإثبات الاستحقاق .

قال رضى الله عنه : يسأل القاضى المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها ، لأنه ادعى حقا فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها ، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها . فإن قال : أنا شفيعها بدار لى تلاصقها الآن ثم دعواه على ما قاله الخصاف رحمه الله ، وذكر فى الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها أيضا وقد بيناه فى الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد .

قال (فإن عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما يعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما فى يده فيحلف على العلم (فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه فى الدار التى يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضى) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة) لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع ، وثبوته بالحجة .

قال (فان عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه فى هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره) فهذا على الحاصل والأول على السبب ، وقد استوفينا

الكلام فيه فى الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله ، وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما فى يده أصالة وفى مثله يحلف على البتات .

قال (وتجوز المنازعة فى الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضى . فإذا قضى القاضى بالشفعة لزمه إحضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الأصل ، وعن محمد : أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ، لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره ، حتى لا يتوى مال المشترى ، وجه الظاهر : أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ، ولهذا لايشترط تسليمه فكذا لايشترط إحضاره (وإذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا ، لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لاتبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضى :

قال (وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع فى يد فله أن يخاصمه فى الشفعة ، لأن اليد له وهى يد مستحقة) ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ، ويجعل العهدة عليه ، لأن الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع ، فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت ، حيث لا يعتبر حضور البائع ، لأنه صار أجنبيا إذ لايبقى له يد ولا ملك ، وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه : إشارة إلى علة أخرى ، وهى أن البيع فى حق المشترى إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ فى حق الإضافة لامتناع قبض المشترى بالأخذ بالشفعة ، وهو يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه ، لأن الشفعة بناء عليه ، ولكنه تتحول الصفقة إليه ، ويصير كأنه هو المشترى منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع ، بخلاف ما إذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه ، لأنه تم ملكه بالقبض ، وفى الوجه الأول امتنع قبض المشترى وأنه يوجب الفسخ ، وقد طولنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى :

قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه .

قال (إلا أن يسلمها إلى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك ، فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى

المشترى فتصير الخصومة معه إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل، فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم ، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب ، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت فى يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا .

قال (وإذا قضى القاضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وإن وجد بها عيبا ؛ فله أن يردها وإن كان المشترى شرط البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ؛ ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما فى الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه ؛ والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فى الاختلاف

قال (وإن اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى) لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل ، وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ، ولا يتحالفان ، لأن الشفيع إن كان يدعى عليه استحقاق الدار ، فالمشترى لا يدعى عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان .

قال (ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : البينة بينة المشترى ، لأنها أكثر إثباتا ، فصار كبينة البائع والوكيل والمشترى من العدو . ولهما أنه لا تنافى بينهما ، فيجعل كأن الموجود بيعان ، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشترى ، لأنه لايتوالى بينهماعقدان إلا بانفساخ الأول ، وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل ؛ لأنه كالبائع والموكل كالمشترى منه كيف وأنها ممنوعة على ماروى عن محمد رحمه الله .

وأما المشترى من العدو فقلنا ذكر فى السير الكبير : أن البينة بينة المالك القديم ؛ فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لايصح الثانى هنالك إلا بفسخ الأول ، أما ههنا فبخلافه ؛ ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام .

قال (وإذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى) وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط

يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى ، ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن مابقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله ؛

قال (ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر ، فيأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ماعرف ويأخذها الشفيع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع .

قال (وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشترى إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد ، وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشترى والشفيع وقد بيناه ، ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع : بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه ، ولو قال : قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين ، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن .

فصل : فيما يؤخذ به المشفوع

قال (وإذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع ، وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد ، فيظهر في حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع ، حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لايلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وإن زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع ، لاستحقاقه الأخذ بمادونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول ، لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا .

قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لأنه من ذوات القيم (وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله) لأنهما من ذوات الأمثال ، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددى المتقارب من ذوات الأمثال (وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته .

قال (وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضى الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) وقال زفر رحمه الله : له ذلك ، وهو قول الشافعى فى القديم ، لأن كونه مؤجلا وصف فى الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما فى الزيوف ، ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به فى حق المشترى رضابه فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة ، وليس الأجل وصف الثمن ، لأنه حق المشترى : ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ، ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا ، ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذى جرى بينهما ، لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال . وقد اشتراه مؤجلا وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية ، وقوله فى الكتاب : وإن شاء صبر حتى ينقضى الأجل مراده الصبر عن الأخذ ، أما الطلب عليه فى الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، خلافا لقول أبى يوسف الآخر ، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع ، والأخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الأخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع .

قال (وإذا اشترى ذمى بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى ، والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ فى الأول بالمثل والثانى بالقيمة .

قال (وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم فالتحق بغير المثلى وإن كان شفيعها مسلما وذمى أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل ، فلو أسلم الذمى أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا .

فصل

قال (وإذا بنى المشترى فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشترى قلعه) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، وبه قال الشافعى رحمه الله إلا أن عنده له أن يقلع ويعطى قيمة البناء . لأبى يوسف رحمه الله : أنه محق فى البناء ، لأنه بناه على أن الدار ملكه ، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا ، وكما إذا زرع المشترى فإنه لايكلف القلع ، وهذا لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه .

ووجه ظاهر الرواية أنه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى فى المرهون ، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى لأنه يتقدم عليه ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته ، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لايبقى بعد البناء ، وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما فى الاستحقاق والزرع يقلع قياسا ، وإنما لايقلع استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب .

(ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع إن أخذها منه ولا على المشترى إن أخذها منه . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى . والفرق على ماهو المشهور أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لأنه مجبور عليه .

قال (وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن) لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شىء من الثمن مالم يصر مقصودا ، ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف ما إذا غرّق نصف الأرض حيث يأخذ الباقى بحصته لأن الفائت بعض الأصل . قال (وإن شاء ترك) لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله .

قال (وإن نقض المشترى البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها وإن شئت

فنع) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الأول لأن الهلاك بآفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا .

قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها تمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه إذا ذكر الثمر فى البيع لأنه لايدخل من غير ذكر ، وهذا الذى ذكره استحسان . وفى القياس لايأخذه لأنه ليس بتبع ، ألا ترى أنه لايدخل فى البيع من غير ذكر ، فأشبه المتاع فى الدار. وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع .

قال (وكذلك إن ابتاعها وليس فى النخيل ثمرة فأثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على ماعرف فى ولد المبيع .

قال (فإن جده المشترى ثم جاء الشفيع لايأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه .

قال فى الكتاب (وإن جده المشترى سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الأول) لأنه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن (أما فى الفصل الثانى يأخذ ماسوى الثمر بجميع الثمن) لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ، والله أعلم .

باب ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب

قال (الشفعة واجبة فى العقار ، وإن كان مما لايقسم) وقال الشافعى رحمه الله: لاشفعة فيما لايقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة ، وهذا لايتحقق فيما لايقسم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فى كل شيء عقار أو ربع » إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال فى الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على مامر ، وأنه ينتظم القسمين مايقسم ومالا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر والطريق .

قال (ولا شفعة فى العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاشفعة إلا فى ربع أو حائط » وهو حجة على مالك رحمه الله فى إيجابها فى السفن ، ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك فى المنقول لايدوم حسب دوامه فى العقار فلا يلحق به . وفى بعض نسخ المختصر . ولا شفعة فى البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة ،

وهو صحيح مذكور فى الأصل، لأنه لاقرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ، ويستحق به الشفعة فى السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه بماله من حق القرار التحق بالعقار .

قال (والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) للعمومات ولأنهما يستويان فى السبب والحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغى والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا .

قال (وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه ، وهو التملك بمثل ماتملك به المشترى صورة أو قيمة على مامر .

قال (ولا شفعة فى الدار التى يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها ، او يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لأن الشفعة عندنا إنما تجب فى مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع . وعند الشافعى رحمه الله تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأعواض متقومة عنده ، فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض ، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا أو مايضاهيه ، لأنه لاشفعة عنده إلا فيه ونحن نقول إن تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضرورى ، فلا يظهر فى حق الشفعة ، وكذا الدم والعتق غير متقوم ، لأن القيمة مايقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما . وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا ، لأنه بمنزلة المفروض فى العقد فى كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ؛ ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : تجب فى حصة الألف لأنه مبادلة مالية فى حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الأصل ، فكذا فى التبع ولأن الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة حتى أن المضارب إذا باع دارا وفيها ربح لايستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه .

قال (أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة) قال رضى الله عنه : هكذا ذكر فى أكثر نسخ المختصر . والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله أو يصالح عليها ، لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقى الدار فى يده فهو يزعم أنها لم تزل عن

ملكه ، وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه ، كما إذا أنكر صريحا ، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعى وإنما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية ، أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه فى زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه .

قال (ولا شفعة فى هبة لما ذكرنا إلا أن تكون بعوض مشروط) لأنه بيع انتهاء ولابد من القبض ، وأن لايكون الموهوب ولا عوضه شائعا ، لأنه هبة ابتداء وقد قررناه فى كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا فى العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع .

قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح ، لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك .

قال (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر ، وإذا أخذها فى الثلث وجب البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع ، وإن بيعت دار إلى جنبها ، والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة ، أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها وكذا إذا كان للمشترى ، وفيه إشكال أوضحناه فى البيوع فلا نعيده . وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الأولى حين بيعت الثانية .

قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ، وفى إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لأنه صار أخص به تصرفا وفى البيع الفاسد ممنوع عنه .

قال (فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشترى فهو شفيعها لأن الملك له ،

ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع ، بخلاف ما إذا سلم بعده ، لأن بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا .

قال (وإذا قتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ، ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا فى المبادلة المطلقة

قال (وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة فى إنشاء العقد ، ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه .

قال (وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لأنه فسخ فى حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ، ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل ، وإن كان بغير قضاء على ما عرف . وفى الجامع الصغير: ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ، ومعناه لاشفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ، ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة ، لأن الرواية محفوظة فى كتاب القسمة أنه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لأنهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا ، وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما يبطل به الشفعة

قال (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع ، وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لإعراضه عن الطلب ، وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة .

قال (وكذلك إن أشهد فى المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم .

قال (وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لأن حق الشفعة

ليس بحق متقرر فى المحل بل هو بمجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط ، وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا ، بخلاف القصاص لأنه حق متقرر ، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك فى المحل ، ونظيره إذا قال المخيرة اختاريني بألف ، أو قال العنين لامرأته : اختارى ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ، ولايثبت العوض والكفالة بالنفس فى هذا بمنزلة الشفعة فى رواية ، وفى أخرى : لا تبطل الكفالة ولا يجب المال ، وقيل هذه رواية فى الشفعة ، وقيل هى فى الكفالة خاصة وقد عرف فى موضعه . قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعى رحمه الله : تورث عنه .

قال رضى الله عنه : معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط ، وقد مر فى البيوع ، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره ، ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع ، وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وإن مات المشترى لم تبطل) لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ، ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى المشترى فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ، ولهذا ينقض تصرفه فى حياته .

قال (وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ، ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة ، كما إذا سلم صريحا أو إبراء عن الدين وهو لا يعلم به ، وهذا بخلاف ماله إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فبقى الاتصال

قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ، ووكيل المشترى إذا ابتاع فله الشفعة) والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له ، ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع ، والمشترى لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى .

قال (وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة

أوشعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن فى الأول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به فى الثانى إذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير ، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر . وقال زفر رحمه الله : له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد فى حق الثمنية .

قال (وإذا قيل له إن المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشترى هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لأن التسليم لم يوجد فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة ، وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لأن التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه، والله أعلم .

فصـــل

قال (وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع منها فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا .

قال (وإذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الأول دون الثانى) لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشترى فى الثانى شريك فيتقدم عليه ، فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهما مثلا والباقى بالباقى وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب ، لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار

قال رضى الله عنه : وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة ، فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ، إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الثانى فيتضرر به . والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار ، حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير .

قال (ولا تكره الحيلة فى إسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة مادفعناه. ولأبى يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة فى إسقاط الزكاة .

مسائل متفرقة

قال (وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ، وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر . وفى الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ، ولا فرق فى هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح ، إلا أن قبل القبض لايمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته ، كيلا يؤدى إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين ، بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع ، وسواء سمى لكل بعض ثمناً أو كان الثمن جملة ، لأن العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن ، وههنا تفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى .

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ، ولهذا يتم القبض بالقسمة فى الهبة والشفيع لاينقض القبض ، وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع ، فكذا لاينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه ، لأن العقد ما وقع مع الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم العقد ، بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ، ثم إطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو المروى عن أبى يوسف رحمه الله ، لأن المشترى لايملك إبطال حقه بالقسمة . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه إنما يأخذه إذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لأنه لايبقى جاراً فيما يقع فى الجانب الآخر .

قال (ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء ، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له .

قال (وتسليم الأب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد وزفر رحمهما الله : هو على شفعته إذا بلغ) قالوا : وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبى فلم يطلبا الشفعة ، وعلى هذا الخلاف تسليم

الوكيل بطلب الشفعة ، فى رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح . لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك إبطاله كدينه وقوده، ولأنه شرع لدفع الضرر ، فكان إبطاله إضرارا به؛ ولهما أنه فى معنى التجارة فيملك تركه ، ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصى ، ولأنه دائر بين النفع والضرر ، وقد يكون النظر فى تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الإعراض ، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها ، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا ، وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبى ؛ وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة ، فعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبى يوسف رحمه الله والله أعلم .

كتاب القسمة

القسمة فى الأعيان المشتركة مشروعة ، لأن النبى عليه الصلاة والسلام باشرها فى المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ، ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا . والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت ، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن :

ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت ، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ، ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة ، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين ، وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى إجابته ، وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم .

قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر)

لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضى ، ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم .

قال (فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر) معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة ، والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ، ولأنه لابدّ من القدرة وهى بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة (ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد) معناه لايجبرهم على أن يستأجروه لأنه لاجبر على العقود ، ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضى) لأنه لا ولاية لهم عليه .

قال (ولا يترك القسام يشتركون) كيلا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر .

قال (وأجرة القسمة على عدد الرءوس عند أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : على قدر الأنصباء) لأنه مئونة الملك ، فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأجر مقابل بالتمييز وأنه لايتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل ، وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، بخلاف حفر البئر ، لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت ، والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف ، وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل ، وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع.

قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضى وفى أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضى عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته ، وقال صاحباه : يقسمها باعترافهم ، ويذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه فى قولهم جميعا ، ولو ادعوا فى العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى ، وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد إلا أنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم

ليقتصر عليهم ولا يتعداهم : وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ، حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها ، بخلاف ما بعد القسمة ، وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه ، فلا بد من البينة وهو مفيد ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورّث ، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما فى الوارث أو الوصى المقر بالدين ، فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره ، بخلاف المنقول لأن فى القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ أما العقار فحصن بنفسه ، ولأن المنقول مضمون على من وقع فى يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير .

قال (وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم) لأنه ليس فى القسمة قضاء على الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم. قال رضى الله عنه: هذه رواية كتاب القسمة (وفى الجامع الصغير : أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيم البينة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ، ثم قيل هو قول أبى حنيفة خاصة ، وقيل قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز :

قال (وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة ، وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بدّ من إقامة البينة فى هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يردّ بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين .

أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وإن كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شىء منه لم يقسم وكذا إذا كان فى يد مودعه وكذا إذا كان فى يد الصغير) لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم

عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ، ولا فرق فى هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق فى الكتاب .

قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور خصمين ، لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما ، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة ، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه ، وكذا الوصى عن الصبى كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه .

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير قسم ، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه والثانى متعنت فى طلبه فلم يعتبر : وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه . وذكر الحاكم الشهيد فى مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى ، والوجه المذوج فيما ذكرناه والأصح المذكور فى الكتاب وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما) لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما . أما القاضى فيعتمد الظاهر

قال (ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضها فى بعض) لأنه لا اختلاط بين الجنسين ، فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى (ويقسم كل موزون ومكيل كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ، ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأوانى) لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة (ويقسم الثياب المروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة

على الضرر ،إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما) لما بينا ، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز .

(وقال أبوحنيفة : لايقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالا :يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما فى الإبل والغنم ورقيق المغنم . وله أن التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات ، لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ؛ ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد، بخلاف المغانم لأن حق الغانمين فى المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا .

وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لايقسم كاللآلئ واليواقيت ، وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت ، وقيل يجرى الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ؛ ألا ترى أنه لو تزوّج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصحّ ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة .

قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا أن يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين) لأنها تشتمل على الضرر فى الطرفين إذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لما بينا .

قال (وإذا كانت دور مشتركة فى مصر واحد قسم كلّ دار على حدتها فى قول أبى حنيفة رحمه الله. وقالا : إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة. لهما أنها جنس واحد اسما وصورة ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى ، فيفوّض الترجيح إلى القاضى : وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحالّ والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا ، فلا يمكن التعديل فى القسمة، ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار ، وكذا لو تزوّج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما فى الثوب ، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لأن فى قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة .

قال رضي الله عنه : تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما ، وهو رواية هلال عنهما . وعن محمد أنه يقسم إحداهما في الأخرى والبيوت في محلة أو محالّ تقسم قسمة واحدة ، لأن التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور ، لأنه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شبها من كلّ واحد .

قال (وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس .

قال رضي الله عنه : جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف : وقال في إجارات الأصل: إنّ إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز ، وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة .

فصل في كيفية القسمة

قال (وينبغي للقاسم أن يصوّر ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله : أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوّم البناء) لحاجته إليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالأوّل والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني) .

والأصل : أن ينظر في ذلك إلا أقل الأنصباء حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة ،وقد شرحناه مشبعا في [كفاية المنتهى] بتوفيق الله تعالى،وقوله في الكتاب : ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله ، والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام .

قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم) لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ، ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل

عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته ولعلها لاتسلم له (وإذا كان أرض وبناء، فعن أبى يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم .

وعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالأخ لاولاية له فى المال ، ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج . وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة ، وإذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية ، بأن كان لاتفى العرصة بقيمة البناء ، فحينئذ يرد للفضل دراهم لأن الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها وهذا يوافق رواية الأصل .

قال (فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل فى نصيب الآخر أو طريق لم يشترط فى القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق ويسيل فى نصيب الآخر) لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وإن لم يكن فسخت القسمة) لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع ، حيث لا يفسد فى هذه الصورة ، لأن المقصود منه تملك العين ، وأنه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال. أما القسمة فلتكميل المنفعة ولايتم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق فى الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه ، بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره ، وفى الوجه الثانى : يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة ، وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الإفراز ، وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا ، فباعتباره لايدخل من غير تنصيص بخلاف الأجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لايحصل إلا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر .

(ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه ، قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الافراز بالكلية دونه (وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء

الطريق (ولو اختلفوا فى مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضى :

قال (وإذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوّم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضى الله عنه : هذا عند محمد رحمه الله .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : يقسم بالذرع . لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك ، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة وهما يقولان إن القسمة بالذرع هى الأصل ، لأن الشركة فى المذروع لا فى القيمة فيصار إليه ما أمكن ، والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق ، ثم اختلفا فيما بينهما فى كيفية القسمة بالذرع ، فقال أبو حنيفة رحمه الله: ذراع من سفل بذراعين من علو: وقال أبو يوسف رحمه الله : ذراع بذراع .

قيل : أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده فى تفضيل السفلُ على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى ، وقيل هو اختلاف معنى . ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل ، وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل . ولأبى يوسف : أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل مالا يضر بالآخر على أصله . ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله ، وقوله : لا يفتقر إلى التفسير .

وتفسير قول أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع ؛ لأن علوه مثل نصف

سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا ، والسفل المجرد ستة وستون وثلثان ؛ لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله : أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد ، لأن السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو .

قال (وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه : هذا الذى ذكره قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد رحمه الله : لا تقبل وهو قول أبى يوسف أولا ، وبه قال الشافعى رحمه الله ، وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء ، لمحمد رحمه الله : أنهما أشهدا على فعل أنفسهما ، فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ، ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما ، لأن فعلهما التميز ولا حاجة إلى الشهادة عليه ، أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير ، فتقبل الشهادة عليه ، وقال الطحاوى رحمه الله : إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله ، لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز ، وإنما الاختلاف فى الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين فى دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل فى إلزام الآخر إذا كان منكرا والله أعلم .

باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها

قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا فى يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة) لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ، فلا يصدق إلا بحجة (فإن لم يكن له بينة استحلف الشركاء ، فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما) لأن النكول حجة فى حقه خاصة فيعاملان على زعمهما .

قال رضى الله عنه : ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه وإليه أشار من بعد (وإن قال قداستوفيت حتى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعى عليه الغصب وهو منكر (وإن قال أصابنى إلى موضع كذا ، فلم يسلمه إلىّ ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لأن الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار البيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيماتقدم (ولواختلفا فى التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ،ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى (إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لأن تصرّفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة ، وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة) لما قلنا (وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لأنه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذى اليد (وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا ، وكذا إذا اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه) لما بينا (وإن قامت لأحدهما بينة قضى له وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما فى البيع .

فصل

قال (وإذا استحقّ بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه ، وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة) .

قال رضى الله عنه : ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر فى الأسرار ، والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأما فى استحقاق بعض معين لاتفسخ القسمة بالإجماع ، ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ،ولم يذكر قول محمد رحمه الله ،وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الأصح ، لأبى يوسف رحمه الله : أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما ،والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحقّ بعض شائع فى النصيبين ، وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز ، لأنه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ، ولهما أن معنى الإفراز لاينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما ، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لاشركة لغيرهما فيه فاقتسما

حتى أن لأحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا فى الإنتهاء وصار كاستحقاق شىء معين ، بخلاف الشائع فى النصيبين ، لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه فى النصيبين ، أما ههنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا ، وصورة المسئلة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر ، وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم ، فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع مافى يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف مافى يده فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ، ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقى شائعا رجع بربع مافى يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض ، وعند أبى يوسف رحمه الله مافى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه ، لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده ، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه ، وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه .

قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر فى التركة دين محيط ردت القسمة) لأنه يمنع وقوع الملك للوارث ، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقى من التركة مايفى بالدين وراء ماقسم ، لأنه لاحاجة إلى نقض القسمة فى إيفاء حقهم (ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة) لأن المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لأنه لاتناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ، ولو ادعى عينا بأى سبب كان لم يسمع للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا .

فصل فى المهايأة

المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه ، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع ، فأشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضى ، كما يجرى فى القسمة ، إلا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ فى التكميل ، ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم ، وتبطل المهايأة لأنه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف .

(ولو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لامبادلة ولهذا لايشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل ماأصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه .

(ولو تهايآ فى عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا فى البيت الصغير) لأن المهايأة قد تكون فى الزمان ، وقد تكون من حيث المكان ، والأول متعين ههنا (ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى بأن يتفقا) لأن التهايؤ فى المكان أعدل وفى الزمان أكمل ، فلما اختلفت الجهة لابد من الإتفاق (فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايآ فى العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضى وبالتراضى فكذا المهايأة ، وقيل عند أبى حنيفة : لايقسم القاضى ، وهكذا روى عنه لأنه لايجرى فيه الجبر عنده ، والأصح أنه يقسم القاضى عنده أيضا ، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ماتقدم (ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة فى إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لأنه لايسامح فيها .

(ولو تهايآ فى دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضى عليه) أما عندهما فظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لايجبر عنده اعتبارا بالقسمة ، وعن أبى حنيفة : أنه لايجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا ، وبالتراضى لأنه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما ، لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز ، وجه الظاهر أن التفاوت يقل فى المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضى ويعتبر إفرازا . أما التفاوت فيكثر فى أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفى الدابتين لايجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الأعيان ، وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ فى الركوب فى دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته ، والدابة تحملها وأما التهايؤ فى الاستغلال فيجوز فى الدار الواحدة فى ظاهر الرواية ، وفى العبد الواحد، والدابة الواحدة لايجوز . ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء ، والاعتدال ثابت فى الحال

والظاهر بقاؤه فى العقار وتغيره فى الحيوانات لتوالى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ، ولو زادت الغلة فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة ، ليتحقق التعديل بخلاف ماإذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز) أيضا فى ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لايشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة ، والفرق أن فى الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء، وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل ، وكذا يجوز فى العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع ،ولا يجوز عنده لأن التفاوت فى أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان فى العبد الواحد،فأولى أن يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة جوزضرورة ولا ضرورة فى الغلةلامكان قسمتها لكونها عينا ، ولأن الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقاسان (ولا يجوز فى الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه مابيناه فى الركوب .

(ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايآ على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لأن المهايأة فى المنافع ضرورة أنها لاتبقى فيتعذر قسمتها ، وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب .

كتاب المزارعة

(قال أبو حنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة) ؛

اعلم أن المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع ، وفى الشريعة : هى عقد على الزرع ببعض الخارج وهى فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا : هى جائزة لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف مايخرج من ثمر أو زرع ، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل ، فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن ذا المال قد لايهتدى إلى العمل والقوى عليه لايجد المال ، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل فى تحصيلها فلم تتحقق

شركة ، وله ما روى أنه عليه الصلاة والسلام : نهى عن المخابرة وهي المزارعة ، ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ، ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى إجارة فاسدة وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع .

(ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط أحدها : كون الأرض صالحة للزارعة). لأن المقصود لايحصل بدونه .

(والثاني : أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقدا ما لايصح إلا من الأهل .

(والثالث : بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها .

(والرابع : بيان من عليه البذر) قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

(والخامس : بيان نصيب من لا بذر من قبله) لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد .

(والسادس : أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لفوات التخلية .

(والسابع : الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد .

(والثامن : بيان جنس البذر) ليصير الأجر معلوما .

قال (وهي عندهما على أربعة أوجه إن كانت الأرض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة الخياط (وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استئجار

الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة (وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بإبرته أو طيانا ليطين بمره (وإن كانت الأرض والبقرُ لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يجوز أيضا ، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز ، فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل ، لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل ، وههنا وجهان آخران لم يذكرهما .

أحدهما : أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز ، لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع .

والثاني : أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا ، لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة ، وفي رواية لصاحب الأرض ، ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بأرضه.

قال (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة) لما بينا (وأن يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فإن شرطا لأحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة) لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة (وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين) لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر ، فصار كما إذا شرطا رفع الخراج فالأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لأنه معين ، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما ، لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية .

قال (وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات والسواقي) معناه لأحدهما لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع وعلى هذا إذا شرطا لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى (وكذا إذا شرطا لأحدهما التبن وللآخر الحب) لأنه عسى أن تصيبه آفة ، فلا ينعقد

الحب ولا يخرج إلا التبن (وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه) لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا التبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لأنه نماء بذره ، وفى حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد هو الشرط ، وهذا سكوت عنه ، وقال مشايخ بلخ رحمهم الله : التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ، ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لأنه حكم العقد (وإن شرطا التبن للآخر فسدت) لأنه شرط يؤدى إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط .

قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل) لأنه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج ، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل فى الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج .

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر .

قال (ولو كان البذر من قبل رب الأرض ، فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وقال محمد : له أجر مثله بالغا ما بلغ) لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فتجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مر فى الاجارات (وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه) لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها ، وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذى ذكرناه (ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر) هو الصحيح لأن له مدخلا فى الاجارة وهى إجارة معنى (وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل فى أرض مملوكة له (وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل) لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض وفساد الملك فى منافع الأرض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به .

قال (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى فى العقد إلا بضرر يلزمه فصار كما إذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وإن امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة .

قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلاشىء له فى عمل الكراب) قيل هذا فى الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غره فى ذلك .

قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالإجارة وقد مر الوجه فى الاجارات ، فلو كان دفعها فى ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الأولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الأرض ترك الأرض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين ، لأن فى إبقاء العقد فى السنة الأولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة) لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع (ولا شىء للعامل بمقابلة ما عمل) كما نبينه إن شاء الله تعالى (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها فباع جاز) كما فى الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشىء) لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج فإذا انعدم الخارج لم يجب شىء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض فى الدين حتى يستحصد الزرع) لأن فى البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضى من الحبس إن كان حبسه بالدين) لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم .

قال (وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد ، لأن فى تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة ، وهذا عمل فى المال المشترك ، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل ، لأن هنالك أبقينا العقد فى مدته ، والعقد يستدعى العمل على العامل ، أما ههنا العقد قد انتهى فلم

يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد ربّ الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لأن فيه إضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته) لأن المزارع لما امتنع من العمل لايجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له ، وقد ترك النظر لنفسه وربّ الأرض مخير بين هذه الخيارات ، لأن بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك) لأنه لاضرر على ربّ الأرض (ولا أجر لهم بما عملوا) لأنا أبقينا العقد نظرا لهم ، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا .

قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو دام في جميع المزارعات ، ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود ، فيبقى مال مشترك بينهما ولاعقد فيجب مؤنته عليهما ؛ وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه ، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ . قال شمس الأئمة السرخسي : هذا هو الأصح في ديارنا .

فالحاصل : أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه ، وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل ، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ، ولو شرط الجداد على العامل لايجوز بالاتفاق لأنه لاعرف فيه ، وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد ، ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لايجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ، ولو أراد فصل القصيل أو جذ التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الإدراك والله أعلم .

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة رحمه الله : المساقاة بجزء من الثمر باطلة ، وقالا : جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا) والمساقاة هي المعاملة في الأشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة ، وقال الشافعي رحمه الله : المعاملة جائزة ، ولا تجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة ، لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل ، وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بأن شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد ، فجعلنا المعاملة أصلا وجوّزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في المزارعة ، وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لأن الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة ، بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة ، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لايجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتا فاحشا ، وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة .

قال (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة .

قال (فإن سميا في المعاملة وقتا يعلم أنه لايخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج .

قال (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لأنا لانتيقن بفوات المقصود .

قال (ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة) لصحة العقد .

قال (وإن تأخر فللعامل أجر المثل) لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه .

قال (وتجوز المساقاة فى النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعى رحمه الله فى الجديد : لا تجوز إلا فى الكرم والنخل لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خيبر . ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت ، وأثر خيبر لايخصهما لأن أهلها كانوا يعملون فى الأشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالأصل فى النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله .

قال (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه فى الوفاء بالعقد .

قال (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه .

قال (فإن دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهى والادراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل .

قال (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لأنه فى معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة إذا فسدت .

قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها فى معنى الإجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر .

قال (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره فى المزارعة .

قال (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين .

قال (فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة) التى بيناها :

• قال (وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه ، وهذا خلافه فى حق مالى وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الادراك لا أن يكون وارثه فى الخيار .

قال (فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا .

قال (و إذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر ، فهذا والأول سواء وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة فى هذا لأن الأرض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفى المزارعة فى هذا عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لايستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها .

قال (وتفسخ بالأعذار) لما بينا فى الاجارات ، وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به ، ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لأن فى إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ؛ ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا ؟ فيه روايتان : وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته .

قال (ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله .

قال (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لأنه فى معنى قفيز الطحان إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله ، لأنه لا يدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى ، وهذا أصحهما والله أعلم .

كتاب الذبائح

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى — إلا ما ذكيتم — ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة فى المأكول وغيره فإنها تنبىء عنها ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الأرض يبسها » وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح فى أى موضع كان من البدن والثانى كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول ، وهذا آية البدلية ، وهذا لأن الأول أعمل فى إخراج الدم والثانى أقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الأول إذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه : أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى :

قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال) لما تلونا ، ولقوله تعالى — وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم — ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة ، أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية ، فالذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا ، والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا وإطلاق الكتابى ينتظم الكتابى والذمى والحربى والعربى والتغلبى لأن الشرط قيام الملة على مامر

قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه الصلاة والسلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » ولأنه لا يدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى .

قال (والمرتد) لأنه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل إليه ، بخلاف الكتابى إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله .

قال (والوثنى) لأنه لا يعتقد الملة .

قال (والمحرم) يعنى من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح فى الحرم من الصيد والإطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير

الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم .

قال (وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لاتؤكل وإن تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى رحمه الله أكل فى الوجهين ، وقال مالك رحمه الله : لا يؤكل فى الوجهين والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء وعلى هـــذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى ، وهذا القول من الشافعى رحمه الله مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا ، فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل ، بخلاف متروك التسمية عامدا ، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله : إن متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ، ولوقضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ لكونه مخالفا للإجماع ، له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم» ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة فى باب الصلاة ، ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما فى الناسى . ولنا الكتاب وهو قوله تعالى — ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه — الآية نهى وهو للتحريم والإجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدى بن حاتم الطائى رضى الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال فى آخره « فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ماذكرنا إذ لا فصل فيه ، ولكنا نقول فى اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى ، لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره ، إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف فى الصدر الأول والإقامة فى حق الناسى ، وهو معذور لايدل عليها فى حق العامد ولا عذر ، وما رواه محمول على حالة النسيان ، ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهى على المذبوح وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى وهى على الآلة لأن المقدور له فى الأول : الذبح وفى الثانى : الرمى والإرسال دون الإصابة ، فتشترط عند فعل يقدر عليه ، حتى إذا أضجع شاة وسمى ، فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ، ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا فى الإرسال ، ولو اضطجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل .

قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح : اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل :

إحداها : أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة . وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول : بسم الله محمد رسول الله ، لأن الشركة لم توجد ، فلم يكن الذبح واقعا له إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم .

والثانية : أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهلّ به لغير الله .

والثالثة : أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده ، وهذا لابأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح : « اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ »والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضى الله عنه : جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح : اللهم اغفر لى لا يحلّ لأنه دعاء وسؤال ، ولو قال : الحمد لله أوسبحان الله يريد التسمية حلّ ، ولو عطس عند الذبح فقال : الحمد لله لا يحل فى أصح الروايتين لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الألسن عند الذبح ، وهو قوله : بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى — فاذكروا اسم الله عليها صواف — .

قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفى الجامع الصغير : لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين اللبة واللحيين » ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء .

قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة أربعة : الحلقوم والمرىء والودجان) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » وهى اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا إن قطعها حل الأكل وإن قطع

أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين . قال رضي الله عنه : هكذا ذكر القدوري رحمه الله الاختلاف في مختصره ، والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف رحمه الله وحده :

وقال في الجامع الصغير : إن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل وإن قطع أكثر الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه .

والحاصل : أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا قطع الثلاث أي ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع إلى ما ذكرنا . وعن محمد رحمه الله أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه فيعتبر أكثر كل فرد منها . ولأبي يوسف رحمه الله : أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما مجرى الدم .

أما الحلقوم فيخالف المرىء فإنه مجرى العلف والماء ، والمرىء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب ، بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة .

قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي رحمه الله : المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة » ولأنه فعل غير مشروع ، فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أنهر الدم بما شئت » . ويروى « أفر الأوداج بما شئت » وما رواه محمول على غير المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك ؛ ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود ، وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد ، بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه إعسارا على الحيوان ، وقد أمرنا فيه بالإحسان .

قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة ، وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم)

فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا ، ونص محمد رحمه الله فى الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصا ، وما لم يجد فيه نصا يحتاط فى ذلك فيقول فى الحل لا بأس به وفى الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل .

قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله كتب الإحسان على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة . لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال « لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها » .

قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفى بعض النسخ : قطع مكان بلغ ، والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة . أما الكراهة فلما روىَ عن النبى عليه الصلاة والسلام : أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت ، وتفسيره ما ذكرناه ، وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه ، وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب ، وكل ذلك مكروه وهذا لأن فى جميع ذلك وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه .

والحاصل : أن ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج إليه فى الذكاة مكروه . ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد ، يعنى تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته .

قال (وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها .

قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر ، والعجز متحقق فى الوجه الثانى دون الأول (وكذا ما تردى من النعم فى بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا وقال مالك رحمه الله : لا يحل بذكاة الاضطرار فى الوجهين

لأن ذلك نادر ، ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل ، كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفى الكتاب أطلق فيما توحش من النعم ، وعن محمد رحمه الله : أن الشاة إذا ندت فى الصحراء ، فذكاتها العقر وإن ندت فى المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير لأنهما يدفعان على أنفسهما فلا يقدر على أخذهما ، وإن ندا فى المصر فيتحقق العجز ، والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه ، وهو يريد الذكاة حل أكله .

قال (والمستحب فى الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره ، والمستحب فى البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ، ولاجتماع العروق فيها فى المنحر وفيهما فى المذبح والكراهة لمخالفة السنة ، وهى لمعنى فى غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله أنه لا يحل .

قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد فى بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقه أكل ، وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ، ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل فى البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها ، وإذا كان جزءا منها فالجرح فى الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما فى الصيد وله أنه أصل فى الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها ، وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف إليه ، وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى ، وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم ، إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا فى حقه بخلاف الجرح فى الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وإنما يدخل فى البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق .

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور) لأن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور ، وكل ذى ناب من السباع ،

وقوله من السباع ذكر عقب النوعين ، فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب ، والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ، ومعنى التحريم والله أعلم : كرامة بنى آدم كيلا يعدو شيء من هـذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل ويدخل فيه الضبع والثعلب . فيكون الحديث حجة على الشافعى فى إباحتهما والفيل ذو ناب فيكره ، واليربوع وابن عرس من السباع الهوام ، وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف .

قال (ولا بأس بغراب الزرع) لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير .

قال (ولا يؤكل الأبقع الذى يأكل الجيف وكذا الغداف . وقال أبو حنيفة رحمة الله : لا بأس بأكل العقعق) لأنه يخلط فأشبه الدجاجة ، وعن أبى يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف .

قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا وأما الضب فلأن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عائشة رضى الله عنها حين سألته عن أكله وهى حجة على الشافعى فى إباحته ، والزنبور من المؤذيات ، والسلحفاة من خبائث الحشرات ، ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء ، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لأنه منها .

قال (ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير ، وعن على رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر .

قال (ويكره لحم الفرس عند أبى حنيفة رحمه الله) وهو قول مالك . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله : لابأس بأكله لحديث جابر رضى الله عنه أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل يوم خيبر ، ولأبى حنيفة رحمه الله قوله تعالى — والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة — خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها والحكيم لايترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ، ولأنه آلة إرهاب العدو فيكره أكله احتراما له ، ولهذا يضرب له بسهم فى الغنيمة ، ولأن فى إباحته تقليل آلة الجهاد ، وحديث جابر معارض بحديث خالد رضى الله عنه والترجيح

للمحرّم . ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل كراهة تنزيه والأول أصح، وأما لبنه فقد قيل لابأس به لأنه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد .

قال (ولابأس بأكل الأرنب) لأن النبى عليه الصلاة والسلام أكل منه حين أهدى إليه مشويا وأمر أصحابه رضى الله عنهم بالأكل منه ، ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبى .

قال (وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمى والخنزير) فإن الذكاة لاتعمل فيهما . أما الآدمى فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما فى الدباغ . وقال الشافعى رحمه الله:الذكاة لاتؤثر فى جميع ذلك لأنه لايؤثر فى إباحة اللحم أصلا وفى طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الأصل وصار كذبح المجوسى . ولنا أن الذكاة مؤثرة فى إزالة الرطوبات والدماء السيالة ، وهى النجسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهر كما فى الدباغ ، وهذا الحكم مقصود فى الجلد كالتناول فى اللحم ، وفعل المجوسى إماتة فى الشرع فلابد من الدباغ ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع فى الماء القليل لايفسده خلافا له ، وهل يجوز الانتفاع به فى غير الأكل ؟ قيل لايجوز اعتبارا بالأكل ، وقيل : يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة، والزيت غالب لايؤكل وينتفع به فى غير الأكل.

قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال مالك رحمه الله وجماعة من أهل العلم باطلاق جميع مافى البحر ، واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان ، وعن الشافعى رحمه الله أنه أطلق ذلك كله ، والخلاف فى الأكل والبيع واحد ، لهم قوله تعالى — أحلّ لكم صيد البحر — من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام فى البحر «هو الطهور ماؤه والحل ميتته » ولأنه لادم فى هذه الأشياء إذ الدموى لايسكن الماء ، والمحرم هو الدم فأشبه السمك . ولنا قوله تعالى — ويحرم عليهم الخبائث — وما سوى السمك خبيث ، ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان ، والصيد المذكور فيما لاتحمول على الاصطياد وهو مباح فيما لايحل، والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام «أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال » .

قال (ويكره أكل الطافى منه) وقال مالك والشافعى رحمهما الله : لابأس به لإطلاق ماروينا ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث . ولنا ماروى جابر رضى الله عنه عن النبى

عليه الصلاة والسلام أنه قال « ماانضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوه» وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا، وميتة البحر مالفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لاماطفا فيه من غير آفة .

قال (ولا بأس بأكل الجريث والمار ماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك رحمه الله : لايحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر ، ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة عليه مارويناه ، وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره، فقال كله كله ، وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ، ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لايحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى ، وعند التأمل يقف المبرز عليها : منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ماأبين وما بقي لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الأضحية

قال (الأضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله ، وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله ، وذكر الطحاوي رحمه الله أن على قول أبي حنيفة رحمه الله واجبة ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة ، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف ، وجه السنة قوله عليه الصلاة والسلام « من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا » والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لايختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة ، ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام « من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » ومثل هذا الوعيد لايلحق بترك غير الواجب ولأنها قربة يضاف إليها وقتها ، يقال يوم الأضحى وذلك يؤذن بالوجوب ، لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود، والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس، غير

أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ، ويفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة، والمراد بالإرادة فيما روى والله أعلم ماهو ضد السهو لاالتخيير ،والعتيرة منسوخة ،وهى شاة تقام فى رجب على ماقيل ، وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لاتتأدى إلا بالملك، والمالك هو الحر ،وبالإسلام لكونها قربة ،وبالإقامة لما بينا ،واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره مايجب به صدقة الفطر ، وقد مر فى الصوم وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به ، وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لأنه أصل فى الوجوب عليه على مابيناه وعن ولده الصغير لأنه فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ، وروى عنه أنه لاتجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس يمونه ويلى عليه وهما موجودان فى الصغير وهذه قربة محضة ، والأصل فى القرب أن لاتجب على الغير بسبب الغير ، ولهذا لاتجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة فطره ، وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أووصيه من ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله .

وقال محمد وزفر والشافعى رحمهم الله : يضحى من مال نفسه لامن مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر ، وقيل لاتجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لأن هذه القربة تتأدى بالإراقة والصدقة بعدها تطوع ، ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله ، والأصح أن يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع مما بقى ماينتفع بعينه .

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنه عن سبعة) والقياس أن لاتجوز إلا عن واحد لأن الإراقة واحدة وهى القربة إلا أنا تركناه بالأثر ، وهو ماروى عن جابر رضى الله عنه أنه قال : نحرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة . ولانص فى الشاة فبقى على أصل القياس ،وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله فى الأصل ،لأنه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم أولى ، ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لانص فيه ، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ، ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة فى البعض ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى .

وقال مالك رحمه الله : تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولاتجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه الصلاة والسلام « على كل أهل بيت فى كل عام

أضحاة وعتيرة » قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له يؤيده ماروى « على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة » ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز فى الأصح لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا له ، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ، ولو اقتسموا جزافا لايجوز إلا إذا كان معه شىء من الأكارع والجلد اعتبار بالبيع .

قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا) وفى القياس لايجوز وهو قول زفر لأنه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته ، وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة فيه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن ، لأن بالشراء للتضحية لايمتنع البيع ، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة ، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا .

قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لايضحيان إذا كانا مسافرين ، وعن على رضى الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا أضحية .

قال (ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه لايجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلى الإمام العيد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقدتم نسكه وأصاب سنة المسلمين » ، وقال عليه الصلاة والسلام « إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » غير أن هذا الشرط فى حق من عليه الصلاة وهو المصرى دون أهل السواد لأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ، ولا معنى للتأخير فى حق القروى ولا صلاة عليه ، وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام ، ثم المعتبر فى ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ، ولو كان على العكس لايجوز إلا بعد الصلاة ، وحيلة المصرى إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر هذا لأنها تشبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب ، فيعتبر فى الصرف مكان المحل لامكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف

صدقة الفطر لأنها لاتسقط بهلاك المال بعد ماطلع الفجر من يوم الفطر ، ولو ضحى بعد ماصلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة حتى لوا كتفوا بها أجزأتهم ، وكذا على عكسه ، وقيل هو جائز قياسا واستحسانا .

قال (وهى جائزة فى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعى رحمه الله : ثلاثة أيام بعده لقوله عليه الصلاة والسلام « أيام التشريق كلها أيام ذبح » ولنا ماروى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعا ، لأن الرأى لايهتدى إلى المقادير ، وفى الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن ، وهو الأقل وأفضلها أولها كما قالوا ، ولأن فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو الأصل إلا لمعارض ويجوز الذبح فى لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل ، وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة أولها نحر لاغير وآخرها تشريق لاغير ، والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية ، لأنها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ، ولأنها تفوت بفوات وقتها ، والصدقة يؤتى بها فى الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة فى حق الآفاقى (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا ، وقد اشترى الأضحية تصدق بها حية ، وإن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لأنها واجبة على الغنى وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فإذا فات الوقت يجب عليه التصدق إخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية .

قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لاتمشى إلى المنسك ، ولا العجفاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتجزىء فى الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لاتنقى » .

قال (ولا تجزىء مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن فلقوله عليه الصلاة والسلام « استشرفوا العين والأذن » أى اطلبوا سلامتهما ، وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن .

قال (ولا التى ذهب أكثر أذنها وذنبها وإن بقى أكثر الأذن والذنب جاز) لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ، ولأن العيب اليسير لايمكن التحرز عنه فجعل عفوا .

واختلفت الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله فى مقدار الأكثر ، ففى الجامع الصغير عنه

وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث أو أقل أجزأه وإن كان أكثر لم يجزه ، لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لاتنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا ، ويروى عنه الربع لأنه يحكى حكاية الكمال على مامر في الصلاة ، ويروى الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية « الثلث والثلث كثير» وقال أبو يوسف ومحمد : إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلاة ، وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف : أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك ، قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف ، وقيل معناه قولي قريب من قولك ، وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا : تشد العين المعيبة بعد أن لاتعتلف الشاة يوما أو يومين ، ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه ، ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما ، فإن كان ثلثا فالذاهب الثلث وإن كان نصفا فالنصف .

قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصو وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لأن لحمها أطيب . وقد صح أن النبي صلى ا عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين (والثولاء) وهي المجنونة ، وقيل هذا إذ كانت تعتلف لأنه لا يخل بالمقصود . أما إذا كانت لاتعتلف فلا تجزئه (والجرباء) إ كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجلد ولانقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا تجوز لأن الجرب في اللحم فانتقض، وأما الهتماء وهي التي لاأسنان لها ، فعن أبي يوسف رحمه أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة ، وعنه إن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصو المقصود (والسكاء) وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز ، لأن مقطوع أكثر الأذن إذا ك لا يجوز فعديم الأذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشر ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنيا فعليه غيرها وإن كان فقيرا تجزئه هذ لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لابالشراء فلم تتعين به ، وعلى الفقير بشرائه بـ الأضحية فتعينت ، ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة ، وعن هذا الأص قالوا : إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ، ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ، ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذ

إبحالها ، وعلى الفقير ذبحهما (ولوأضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما ؛ وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره ،وكذا بعد فوره عند محمد رحمه الله خلافا لأبى يوسف،لأنه حصل بمقدمات الذبح.

قال (والأضحية من الإبل والبقر والغنم) لأنها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبى عليه الصلاة والسلام ولا من الصحابة رضى الله عنهم .

قال (ويجزئ من ذلك كله الثنى فصاعدا إلا الضأن ، فإن الجذع منه يجزئ) لقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن » وقال عليه الصلاة والسلام « نعمت الأضحية الجذع من الضأن » :

قالوا : وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد ، والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر فى مذهب الفقهاء ، وذكر الزعفرانى رحمه الله أنه ابن سبعة أشهر ، والثنى منها ومن المعز ابن سنة ،ومن البقر ابن سنتين ،ومن الإبل ابن خمس سنين ، ويدخل فى البقر الجاموس ، لأنه من جنسه والمولود بين الأهلى والوحشى يتبع الأم لأنها هى الأصل فى التبعية حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد .

قال (وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم وإن كان شريك الستة نصرانيا أورجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة ، وإن اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة ، وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الأول ، لأن التضحية عن الغير عرفت قربة ، ألا ترى أن النبى عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته على ما روينا من قبل ، ولم يوجد فى الوجه الثانى لأن النصرانى ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها وإذا لم يقع البعض قربة والإراقة لاتتجزأ فى حق القربة ، لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز ، وهذا الذى ذكره استحسان والقياس أن لايجوز ، وهو رواية عن أبى يوسف ،لأنه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت ، لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء على الميت (ولو ذبحوها عن صغير فى الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لاتجزئهم) لأنه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة .

قال (ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا » ومتى جاز أكله وهو غني جاز أن يؤكله غنيا .

قال (ويستحب أن لاينقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات ثلاث : الأكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى — وأطعموا القانع والمعترّ — فانقسم عليها أثلاثا .

قال (ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل فى البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لأن الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه) استحسانا ، وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل (ولايشترى به مالا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخل والأبازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول ، واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح ، فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لاينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه ، لأن القربة انتقلت إلى بدله ، وقوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » يفيد كراهة البيع . أما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم .

قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الأضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه «تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا» والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لأنه فى معنى البيع .

قال (ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها) لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها ، بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القربة بها كما فى الهدى ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما فى الصوف .

قال (والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لايحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره ، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضى الله عنها « قومى فاشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب » .

قال (ويكره أن يذبحها الكتابى) لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته ونيته ، بخلاف ما إذا أمر المجوسى لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا .

قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأهما ، ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل لذلك وهو ضامن لقيمتها ، ولا يجزئه عن الأضحية فى القياس وهو قول زفر رحمه الله ، وفى الاستحسان : يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا ، وجه القياس : أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب ، وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر ، ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها تفوت بمضى هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها .

فإن قيل : يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به .

قلنا : يحصل له به مستحبان آخران : صيرورته مضحيا لما عينه ، وكونه معجلا به فيرة ضيه .

ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهى : أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ، ولو وضع المالك اللحم فى القدر والقدر على الكانون ، والحطب تحته أو جعل الحنطة فى الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته ، فسقط فى الطريق فأوقد هو النار فيه ، فطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ماسقط ، فعطبت لا يكون ضامنا فى هذه الصور كلها استحسانا لوجود الإذن دلالة .

إذا ثبت هذا فنقول : فى مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحيه غيره بغير إذنه صريحا فهى خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان ، ... فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لأنه لو أطعمه فى الابتداء يجوز وإن كان غنيا فكذا له أن يحلله فى الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته ، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم

ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته) لأنه ملكها بسابق الغصب بخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الكراهية

قال رضى الله عنه : تكلموا فى معنى المكروه ، والمروى عن محمد رحمه الله نصا أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصـــا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام ؛ وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه إلى الحرام أقرب ، وهو يشتمل على فصول منها :

فصل فى الأكل والشرب

(قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : يكره لحوم الأتن وألبانها وأبوال الإبل ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لابأس بأبوال الإبل) وتأويل قول أبى يوسف : أنه لابأس بها للتداوى ، وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه .

قال (ولا يجوز الأكل والشرب والادهان والتطيب فى آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه الصلاة والسلام فى الذى يشرب فى إناء الذهب والفضة « إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم » وأتى أبو هريرة بشراب فى إناء فضة فلم يقبله وقال : نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا ثبت هذا فى الشرب ، فكذا فى الإدهان ونحوه لأنه فى معناه ولأنه تشبه بزى المشركين وتنعم بتنعيم المترفين والمسرفين ، وقال فى الجامع الصغير : يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى ، وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا ؛

قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعى رحمه الله : يكره لأنه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به . قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة ؛

قال (ويجوز الشرب فى الإناء المفضض عند أبى حنيفة رحمه الله والركوب على

السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى الأخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ويروى مع أبى يوسف وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا إذا جعل ذلك فى السيف والمشحذ وحلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص ، وأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالإجماع ، لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة ، ولأبى حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى الفص .

قال (ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله) لأن قول الكافر مقبول فى المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات .

قال (وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه) معناه : إذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم لأنه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة .

قال (ويجوز أن يقبل فى الهدية والإذن قول العبد والجارية والصبى) لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء ، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب فى الأرض والمبايعة فى السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج ، وفى الجامع الصغير إذا قالت جارية لرجل بعثنى مولاى إليك هدية وسعه أن يأخذها لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا .

قال (ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات إلا قول العدل) ووجه الفرق : أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس ، فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدى إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا كان أو مسلما عبدا كان أو حرا ذكرا كان أو أنثى دفعا للحرج ، أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات ، فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل ، لأنه

الفاسق منهم والكافر لايلتزم الحكم ، فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات ، لأن الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا إلا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به وفى ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأى .

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولا) لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ماذكرناه ، ومنها التوكيل ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا أو مستورا تحرى ، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به ، وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب ، فلا معنى للاحتياط بالإراقة ، أما التحرى فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى ، وهذا جواب الحكم ، فأما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ، ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى .

قال (ومن دعى إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله : ابتليت بهذا مرة فصبرت ، وهذا لأن إجابة الدعوة سنة. قال عليه الصلاة والسلام « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الإقامة ، وإن حضرتها نياحة ، فإن قدر على المنع منعهم وإن لم يقدر يصبر ، وهذا إذا لم يكن مقتدى به ، فإن كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لأن فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين ، والمحكى عن أبى حنيفة رحمه الله فى الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لاينبغى أن يقعد وإن لم يكن مقتدى لقوله تعالى — فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين — وهذا كله بعد الحضور ، ولو علم قبل الحضور لايحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما إذا هجم عليه لأنه قد لزمه ودلت المسألة على أن الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القضيب ، وكذا قول أبى حنيفة رحمه الله : ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم يكون :

فصل فى اللبس

قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج ، وقال « إنما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة » وإنما حل للنساء بحديث آخر ، وهو مارواه عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم على رضى الله عنه «أن النبى صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال : هذان محرمان على ذكور أمتى حلال لإناثهم » ويروى « حل لإناثهم » .

قال (إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة » أراد الأعلام ، وعنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير » .

قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يكره) وفى الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبى يوسف وإنما ذكره القدورى وغيره من المشايخ ، وكذا الاختلاف فى ستر الحرير وتعليقه على الأبواب . لهما العمومات ولأنه من زى الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام ، وقال عمر رضى الله عنه : إياكم وزى الأعاجم ، وله ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير » وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ، ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام . فكذا القليل من اللبس والاستعمال ، والجامع كونه نموذجا على ما عرف .

قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج فى الحرب عندهما) لما روى الشعبى رحمه الله : «أنه عليه الصلاة والسلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب» ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب فى عين العدو لبريقه .

قال (ويكره عند أبى حنيفة رحمه الله) لأنه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح إلا لضرورة ، وما رواه محمول على المخلوط .

قال (ولا بأس بلبس ماسداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز فى الحرب وغيره) لأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولأن الثوب

إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى ؛ وقال أبو يوسف رحمه الله : أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ، ولا أرى بحشو القز بأسا لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس . قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لابأس به فى الحرب) للضرورة .

قال (ويكره فى غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا .

قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب) لما روينا .

قال (ولا بالفضة) لأنها فى معناه .

قال (إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء فى إباحة ذلك آثار ، وفى الجامع الصغير ولا يتختم إلا بالفضة ، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ، ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال « مالى أجد منك رائحة الأصنام » ورأى على آخر خاتم حديد فقال « مالى أرى عليك حلية أهل النار » ومن الناس من أطلق فى الحجر الذى يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر وإطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه .

قال (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا ، وعن على رضى الله عنه « أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب » ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هى المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ، ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين فى حقهن ، وإنما يتختم القاضى والسلطان لحاجته إلى الختم ، فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه .

قال (ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) أى فى ثقبه لأنه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لابسا له .

قال (ولاتشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : لابأس بالذهب أيضاً . وعن أبى يوسف رحمه الله : مثل قول كل منهما : لهما « أن عرفجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبى عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفا من ذهب » ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأصل

فيه التحريم والإباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الأدنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع فى الأنف دونه حيث أنتن .

قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لأن التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها .

قال (وتكره الخرقة التى تحمل فيمسح بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر .

قال (وكذا التى يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لايكره وهو الصحيح ، وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع فى الجلوس .

قال (ولا بأس بأن يربط الرجل فى أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم :

لا ينفعنك اليوم أن همت بهم كثرة ماتوصى وتعقاد الرتم

وقد روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان .

فصل فى الوطء والنظر واللمس

قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها) لقوله تعالى — ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها — قال على وابن عباس رضى الله عنهما : ماظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ، ولأن فى إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك ، وهذا تنصيص على أنه لايباح النظر إلى قدمها ، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة ، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يباح النظر إلى ذراعيها أيضا لأنه قد يبدو منها عادة .

قال (فإن كان لايأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيامة » فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم ، وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك فى الاشتهاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه الصلاة والسلام « من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع

على كفه جمرة يوم القيامة » وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى ، فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة ، وقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم ، وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه ، وكانت تغمز رجليه وتفلى رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا ، وإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة .

(والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر إليها) لعدم خوف الفتنة :

قال (ويجوز للقاضى إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهى) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغى أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لاقضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح ، وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح ،والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا تشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء .

(ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » ولأن مقصوده إقامة السنة لاقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغى أن يعلم امرأة مداواتها) لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل (فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لأن ماثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل) لأنه مداواة ويجوز للمرض ، وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن أبى يوسف ، لأنه أمارة المرض .

قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا مابين سرته إلى ركبته) لقوله عليه الصلاة والسلام « عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته » ، ويروى مادون سرته حتى يجاوز ركبتيه » وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعى رحمه الله ، والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعى . والفخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر ، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى رحمه الله معتمدا فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه ، وقد روى أبو هريرة رضى

الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الركبة من العورة ، وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة رضي الله عنه ، وقال لجرهد وار فخذك : أما علمت أن الفخذ عورة ، ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ ، وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق ، وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب إن لج (وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس) لأنهما فيما ليس بعورة سواء .

قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ماليس بعورة كالثياب والدواب ، وفي كتاب الخنثى من الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ ، فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ، ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر ، وهذا إشارة إلى التحريم . ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك إذا اشتهت المرأة ، لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد .

قال (وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل إلى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه ، بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال والأول أصح .

قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته إلى فرجها) وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك » ولأن ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى إلا أن الأولى لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأثر ، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة .

قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه وَ رأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها) والأصل فيه قوله تعالى — ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن — الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ماذكر في الكتاب ، ويدخل في ذلك الساعد والأذن والعنق والقدم لأن كل ذلك مواضع الزينة ، بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست من مواضع الزينة ، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج ، وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة ، فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لأنها لاتنكشف عادة ، والمحرم من لايجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا :

قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها) لتحقق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية ، بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث لايباح المس ، وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة (إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لاينظر ولايمس لقوله عليه الصلاة والسلام « العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش » وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها » وقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان » والمراد إذا لم يكن محرما ، فإن احتاجت إلى الإركاب والانزال ، فلابأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ماتحتهما إذا أمنا الشهوة ، فإن خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ، ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها ، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان .

قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه) لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه ، وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب ، وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة ، وقال ألقي عنك الخمار يادفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى

مادون السرة إلى الركبة لأنه لاضرورة كما فى المحارم ، بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكذلك فى الإماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة رحمه الله على ما عرف ، وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما فى المحارم ، وقد قيل لايباح لعدم الضرورة فيهن ، وفى الإركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله فى الأصل الضرورة فيهن ، وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة .

قال (ولابأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهى) كذا ذكره فى المختصر ، وأطلق أيضا فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله : يباح النظر فى هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة .

قال (وإذا حاضت الأمة لم تعرض فى إزار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة . وعن محمد رحمه الله أنها إذا كانت تشتهى ويجامع مثلهافهى كالبالغة لاتعرض فى إزار واحد لوجود الاشتهاء .

قال (والخصى فى النظر إلى الأجنبية كالفحل) لقول عائشة رضى الله عنها : الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولأنه فحل يجامع ،وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل وكذا المخنث فى الردىء من الأفعال لأنه فحل فاسق .

والحاصل : أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص

قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها) وقال مالك رحمه الله : هو كالمحرم ، وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لقوله تعالى — أو ماملكت أيمانهن — ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان . ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة ، لأنه يعمل خارج البيت ، والمراد بالنص الإماء . قال سعيد والحسن وغيرهما: لاتغرنكم سورة النور فإنها فى الإناث دون الذكور .

قال (ويعزل عن أمته بغير إذنها ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى العزل عن الحرة إلا بإذنها ، وقال لمولى أمة : اعزل عنها إن شئت ؛ ولأن الوطء حق الحرة قضاء للشهوة ، وتحصيلا للولد ولهذا تخير فى الجب والعنة ولاحق للأمة فى الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير إذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه فى النكاح .

فصل فى الاستبراء وغيره

قال (ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس « ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة » أفاد وجوب الاستبراء على المولى ، ودل على السبب فى المسبية ، وهو استحداث الملك واليد ، لأنه هو الموجود فى مورد النصّ . وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه ، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم ، وهو أن يكون الولد ثابت النسب ، ويجب على المشترى لا على البائع لأن العلة الحقيقية إرادة الوطء ، والمشترى هو الذى يريده دون البائع ، فيجب عليه غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء ، والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا ، فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك ، وكذا يجب على المشترى من مال الصبى ، ومن المرأة ، ومن المملوك ، وممن لا يحل له وطؤها ، وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ ، لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ، وكذا لا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ، ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى ، لأن السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ، وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجازة فى بيع الفضولى وإن كانت فى يد المشترى ، ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا .

(ويجب فى جارية للمشترى فيها شقص فاشترى الباقى) لأن السبب قد تمّ الآن والحكم يضاف إلى تمام العلة ، ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها بعد القبض وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ، ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، إذ هو مقتض للحلّ والحرمة لمانع كما فى حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة أو فكت المرهونة) لانعدام السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما

ولها نظائر كثيرة كتبناها فى كفاية المنتهى ، وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعى لإفضائها إليه أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع ، بخلاف الحائض ، حيث لا تحرم الدواعى فيها ، لأنه لا يحتمل الوقوع فى غير الملك ولأنه زمان نفرة ، فالإطلاق فى الدواعى لا يفضى إلى الوطء والرغبة فى المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضى إليه ولم يذكر الدواعى فى المسبية ، وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم لأنها لا يحتمل وقوعها فى غير الملك لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربى بخلاف المشتراة على ما بينا .

(والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الأشهر بالشهر) لأنه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة (وإذا حاضت فى أثنائه بطل الاستبراء بالأيام) لقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة ، فإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية ، وقيل : يتبين بشهرين أو ثلاثة ، وعن محمد رحمه الله : أربعة أشهر وعشرة أيام ، وعنه : شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والأمة فى الوفاة ، وعن زفر رحمه الله سنتان ، وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله .

قال (ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة ، والمأخوذ قول أبى يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك ، وقول محمد رحمه الله فيما إذا قربها ، والحيلة إذا لم تكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ؛ ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشترى قبل القبض ممن يوثق به ؛ ثم يشتريها ويقبضها ، أو يقبضها ثم يطلق الزوج ؛ لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك ، لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير .

قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر) لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعى للإفضاء إليه ، لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما فى الاعتكاف والإحرام ، وفى المنكوحة إذا وطئت بشبهة ؛ بخلاف حالة الحيض والصوم ، لأن الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا وأكثر العمر نفلا فف

المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض .

قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فإنه لايجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولاينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها) وأصل هذا : أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى — وأن تجمعوا بين الأختين — ولا يعارض بقوله تعالى — أو ما ملكت أيمانكم — لأن الترجيح للمحرم ، وكذا لايجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل ، فإذا قبلهما فكأنه وطئهما ، ولو وطئهما فليس له أن يجامع إحداهما ، ولا أن يأتي بالدواعي فيهما ، فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بيناه ، إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لأنه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا ، وقوله : بملك أراد به : ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره ، وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل ، لأن الوطء يحرم به وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لاتحل الأخرى ،ألا ترى أنها لا تخرج بها عن ملكه ، وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح .

أما إذا زوج إحداهما نكاحا فاسدا لايباح له وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليها ، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ، ولو وطىء أحداهما حل وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الأختين .

قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا رضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ،ولهما ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة ، وعن المكاعمة وهي التقبيل ،وما رواه محمول على ما قبل التحريم ،قالوا : الخلاف في المعانقة في إزار واحد . أما إذا كان عليه قميص أوجبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح.

قال (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو المتوارث . وقال عليه الصلاة والسلام « من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه » .

فصل فى البيع

قال (ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعى رحمه الله : لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ، ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى فى الأراضى لاستكثار الريع ، فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لأنه لاينتفع بها إلا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هوالمروى عن محمد رحمه الله وهوالصحيح، وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط فى الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة .

قال (ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلنى صاحبها ببيعها فإنه يسعه أن يبتاعها ويطأها) لأنه أخبر بخبر صحيح لامنازع له ، وقول الواحد فى المعاملات مقبول على أى وصف كان لما مر من قبل، وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لى أو تصدق بها على لما قلنا ، وهذا إذا كان ثقة ، وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق ، لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر ، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشىء من ذلك لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين ، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه ، والمخبر ثقة قبل قوله وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لأن إخباره حجة فى حقه وإن لم يخبره صاحب اليد بشىء فإن كان عرفها للأول لم يشترها ،حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثانى ، لأن يد الأول دليل ملكه ، وإن كان لايعرف ذلك له أن يشتريها ، وإن كان ذو اليد فاسقا لأن يد الفاسق دليل الملك فى حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر ، إلا أن يكون مثله لايملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون فى سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى ، وإن كان الذى أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لأن المملوك لاملك له ، فيعلم أن الملك فيها لغيره فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل ، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأى وإن لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر فلابد من دليل .

قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق . ولاتدرى أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج) لأن القاطع طارىء ، ولا منازع وكذا لو قالت لرجل : طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها ، وكذا إذا قالت

المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى ، ثم طلقنى وانقضت عدتى فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول ، وكذا لو قالت جارية كنت أمة لفلان ، فاعتقنى لأن القاطع طارئ ، ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخوها من الرضاعة لم يقبل قوله ، حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان ، وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها ، وهى مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها ، حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته ، وإنكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوجَ أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه ، لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لايدل على انعدامه ، فلم يثبت المنازع فافترقا ، وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لاتعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى أنها له فلما كبرت لقيها رجل فى بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ماتقدم .

قال (وإذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه ، وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع فى الوجه الأول قد بطل لأن الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل أخذه من البائع ، وفى الوجه الثانى صح البيع لأنه مال متقوم فى حق الذمى فملكه البائع فيحل الأخذ منه .

قال (ويكره الاحتكار فى أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك فى بلد يضر الاحتكار بأهله ، وكذلك التلقى فأما إذا كان لايضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأنه تعلق به حق العامة ؛ وفى الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره وكذا التلقى على هذا التفصيل لأن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى الجلب ، وعن تلقى الركبان ، قالوا : هذا إذا لم يلبس المتلقى على التجار سعر البلدة فإن لبس فهو مكروه فى الوجهين لأنه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا أو فضة أو ثوبا ، وعن محمد رحمه الله أنه قال : لااحتكار فى الثياب . فأبو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر ، إذ هو المؤثر فى الكراهة ، وأبو حنيفة رحمه الله

اعتبر الضرر المعهود المتعارف ، ثم المدة إذا قصرت لايكون احتكارا لعدم الضرر ، وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ، ثم قيل هى مقدرة بأربعين يوما لقول النبى عليه الصلاة والسلام « من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه » وقيل بالشهر لأن مادونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل ، وقد مر فى غير موضع ، ويقع التفاوت فى المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة فى الدنيا ، أما يأثم وإن قلت المدة . والحاصل أن التجارة فى الطعام غير محمودة .

قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ماجلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول غير فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لايزرع ، فكذلك له أن لايبيع وأما الثانى فالمذكور قول أبى حنيفة رحمه الله لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع فى المصر وجلب إلى فنائها ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يكره لإطلاق مارويناه ، وقال محمد رحمه الله : كل مايجلب منه إلى المصر فى الغالب ، فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ماإذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة .

قال (ولا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق » ولأن الثمن حق العاقد ؛ فإليه تقديره فلا ينبغى للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على مانبين ، وإذا رفع إلى القاضى هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع مافضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة فى ذلك ، وينهاه عن الاحتكار ، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على مايرى زجرا له ، ودفعا للضرر عن الناس ، فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا ، وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير ، فحينئذ لابأس به بمشورة من أهل الرأى والبصيرة ، فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضى ، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأنه لايرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ، ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع ، وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ قيل هو على الاختلاف الذى عرف فى بيع مال المديون ، وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك .

قال (ويكره بيع السلاح فى أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبيب إلى المعصية ، وقد بيناه فى السير وإن كان لايعرف أنه من أهل الفتنة لابأس بذلك لأنه يحتمل أن لايستعمله فى الفتنة فلا يكره بالشك ؟

قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لأن المعصية لاتقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح فى أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه .

قال (ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لاينبغى أن يكريه لشىء من ذلك ، لأنه إعانة على المعصية ، وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ، ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه ، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وإنما قيده بالسواد ، لأنهم لايمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير فى الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها بخلاف السواد ، قالوا : هذا كان فى سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل الذمة ، فأما فى سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة ، فلا يمكنون فيها أيضا وهو الأصح .

قال (ومن حمل لذمى خمرا فإنه يطيب له الأجر عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يكره له ذلك) لأنه إعانة على المعصية ، وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرا : حاملها والمحمول إليه ، له أن المعصية فى شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به ، والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية .

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لابأس ببيع أرضها أيضا ، وهذا رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء ، ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن مكة حرام لاتباع رباعها ولا تورث » ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة ، وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها ، حتى لا ينفر صيدها ، ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ، فكذا فى حق البيع بخلاف البناء ، لأنه خالص ملك البانى ، ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام « من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا » ولأن أراضى مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام من احتاج إليها سكنها ، ومن استغنى عنها أسكن

غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لأنه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ماشاء حالا فحالا ، ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن قرض جر نفعا ، وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزءا فجزءا لأنه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لاشيء على الآخذ والله اعلم .

مسائل متفرقة

قال (ويكره التعشير والنقط فى المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه : جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف ، وفى التعشير والنقط ترك التجريد ، لأن التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الأعراب اتكالا عليه فيكره . قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا .

قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب ، وقد ذكرناه من قبل .

قال (ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعى رحمه الله : يكره ذلك وقال مالك رحمه الله : يكره فى كل مسجد ، للشافعى رحمه الله قوله تعالى ـ إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ـ ولأن الكافر لايخلو عن جنابة لأنه لايغتسل اغتسالا يخرجه عنها ، والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك ، والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها . ولنا ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار ، ولأن الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى إلى تلويث المسجد ، والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية .

قال (ويكره استخدام الخصيان) لأن الرغبة فى استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة .

قال (ولا بأس بإخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل) لأن فى الأول منفعة للبهيمة والناس ، وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام ركب البغلة ، فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه .

قال (ولا بأس بعيادة اليهودى والنصرانى) لأنه نوع برّ فى حقهم وما نهينا عن ذلك، وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام عاد يهوديا مرض بجواره .

قال (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك) وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب فى كراهية الثانية لأنه من العقود ، وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لابأس به ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لأنه مأثور عن النبى عليه الصلاة والسلام روى «أنه كان من دعائه اللهم إنى أسألك بمعقد العزّ من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة » ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع . (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لأنه لاحق للمخلوق على الخالق .

قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو) لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار ، وإن لم يقامر بها فهو عبث ولهو ؛ وقال عليه الصلاة والسلام « لهو المؤمن باطل إلا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله » وقال بعض الناس : يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام ، وهو محكى عن الشافعى رحمه الله . لنا قوله عليه الصلاة والسلام « من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده فى دم الخنزير » ولأنه نوع لعب يصدّ عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه الصلاة والسلام « ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر » ثم إن قامر به تسقط عدالته وإن لم يقامر لاتسقط لأنه متأول فيه ، وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ، ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه .

قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته ، وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان ، وفى القياس كل ذلك باطل لأنه تبرّع والعبد ليس من أهله : وجه الاستحسان أنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا ، وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة . وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبى أسيد وكان عبدا ، ولأن فى هذه الأشياء ضرورة لايجد التاجر بدا منها . ومن ملك شيئا يملك ماهو من ضروراته ولا ضرورة فى الكسوة وإهداء الدراهم فبقى على أصل القياس .

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة : نوع هو من باب الولاية لايملكه إلا من هو ولى كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية لأن الولى هو الذى قام مقامه بانابة الشرع ، ونوع آخر : ما كان من ضرورة حال الصغار ، وهو شراء مالابد للصغير منه وبيعه وإجارة الآظآر ، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان فى حجرهم وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولى أولى به إلا أنه يشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره . ونوع ثالث : ماهو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والصبى بنفسه إذا كان يعقل ، لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبى فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزله الإنفاق .

قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ، ويجوز للأم أن تؤاجرابنها إذا كان فى حجرها ، ولا يجوز للعم) لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو أجر الصبى نفسه لايجوز) لأنه مشوب بالضرر (إلا إذا فرغ من العمل) لأن عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه .

قال (ويكره أن يجعل الرجل فى عنق عبده الراية) ويروى الداية وهو طوق الحديد الذى يمنعه من أن يحرك رأسه ، وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لأنه سنة المسلمين فى السفهاء ، وأهل الدعارة فلا يكره فى العبد تحرزا عن إباقه وصيانة لماله .

قال (ولا بأس بالحقنة يريد به التداوى) لأن التداوى مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ، ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لاينبغى أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام . قال (ولابأس برزق القاضى) لأنه عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له وبعث عليا إلى اليمن وفرض له ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته فى مالهم وهو مال بيت المال ، وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما فى الوصى والمضارب إذا سافر بمال المضاربة ، وهذا فيما يكون كفاية ، فإن كان شرطا فهو حرام لأنه استئجار على الطاعة إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ، ثم القاضى إذا كان فقيرا فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لايمكنه إقامة فرض القضاء إلا به إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن إقامته ، وإن كان غنيا فالأفضل الامتناع على ماقيل

وقفا بيت المال ، وقيل الأخذ ، وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين ، لأنه إذا انقطع زمانا يتعذر إعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية ، وقد جرى الرسم باعطائه فى أول السنة لأن الخراج يؤخذ فى أول السنة وهو يعطى منه ، وفى زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة ، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ، ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها ، قيل هو على اختلاف معروف فى نفقة المرأة إذا ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة ، والأصح أنه يجب الرد .

قال (ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد بغير محرم) لأن الأجانب فى حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمس بمنزلة المحارم على ماذكرنا من قبل ، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعها والله أعلم بالصواب .

كتاب إحياء الموات

قال (الموات ما لاينتفع به من الأراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمى بذلك لبطلان الانتفاع به .

قال (فما كان منها عاديا لامالك له أو كان مملوكا فى الإسلام لا يعرف له مالك بعينه ، وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضى الله عنه : هكذا ذكره القدورى ، ومعنى العادى ما قدم خرابه . والمروى عن محمد رحمه الله أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا .

فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لا تكون مواتا ، وإذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ، ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف ، لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه . ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة ، وإن كان قريبا من القرية كذا ذكره الإمام المعروف بخواهر زاده ، وشمس الأئمة السرخسى رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياه بإذن الامام ملكه ، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يملكه)

لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما فى الحطب والصيد . ولأبى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به » . وما روياه يحتمل أنه إذن . لقوم لا نصب لشرع ، ولأنه مغنوم لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كما فى سائر الغنائم ويجب فيه العشر ، لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء ، فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثانى أحق بها لأن الأول ملك استغلالها لا رقبتها فإذا تركها كان الثانى أحق بها ، والأصح أن الأول ينزعها من الثانى ، لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث إذ الإضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ، ومن أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله أن طريق الأول فى الأرض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع إبطال حقه .

قال (ويملكه الذمى بالإحياء كما يملكه المسلم) لأن الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبى حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما فى سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا .

قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلا للمقصود ، ولأن التحجير ليس باحياء ليملكه به لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام ، سمى به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه فبقى غير مملوك كما كان هو الصحيح ، وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق » ولأنه إذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه وزمان يهيىء أموره فيه ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجر فقدرناه بثلاث سنين لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفى بذلك وإذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها .

قالوا : هذا كله ديانة فأما إذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الإحياء منه دون الأول فصار كالاستيام فإنه يكره ، ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون

بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقى الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفى الأخير ورد الخبر ، ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله أنه إحياء ، ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ، ولم يسقها يكون تحجيرا وإن كان سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين ولو حوطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء وكذا إذا بذرها .

قال (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه ، فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر ، وعلى هذا قالوا لا يجوز أن يقطع الإمام مالا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقىَ الناس منها لما ذكرنا .

قال (ومن حفر بئرا فى برية فله حريمها) ومعناه إذا حفر فى أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه أو بغير إذنه عندهما لأن حفر البئر إحياء .

قال (فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته » ثم قيل الأربعون من كلّ الجوانب . والصحيح أنه من كل جانب لأن فى الأراضى رخوة ويتحول الماء إلى ماحفر دونها (وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا ، وهذا عندهما ، وعند أبى حنيفة رحمه الله أربعون ذراعا) لهما قوله عليه الصلاة والسلام «حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا» ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت ، وله ماروينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ، ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ، ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ، ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة .

قال (وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة

مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجرى فيه إلى المزرعة ، فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف ، والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا فى العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل ، وقيل إن التقدير فى العين والبئر بما ذكرناه فى أراضيهم لصلابة بها وفى أراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء إلى الثانى فيتعطل الأول .

قال (فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع منه) كيلا يؤدى إلى تفويت حقه والاخلال به ، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به ، فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه ، فإن احتفر آخر بئرا فى حدّ حريم الأولى للأوّل أن يصلحه ويكبسه تبرّعا ولو أراد أخذ الثانى فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فإنه يؤخذ برفعها ، وقيل : يضمنه النقصان ، ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره ، وهذا هو الصحيح ذكره فى أدب القاضى للخصاف ، وذكر طريق معرفة النقصان ، وما عطب فى الأولى ، فلا ضمان فيه ، لأنه غير متعدّ إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إن كان بغير إذنه عندهما ، والعذر لأبى حنيفة رحمه الله أنه يجعل فى الحفر تحجيرا ، وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه ، وما عطب فى الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره . وإن حفر الثانى بئرا وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شىء عليه لأنه غير متعدّ فى حفرها ، وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأوّل لسبق ملك الحافر الأوّل فيه (والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد رحمه الله : أنه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم ، وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها مالم يظهر الماء على الأرض ؛ لأنه نهر فى التحقيق ، فيعتبر بالنهر الظاهر .

قالوا : وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس فى أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا فى حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يجدّ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدّر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث .

قال (وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه)

لحاجة العامة إلى كونه نهرا (وإن كان لايجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريما لعامر) لأنه ليس فى ملك أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم فى يد الامام :

قال (ومن كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يقيم بينة على ذلك ، وقالا : له مسناة النهر يمشى عليها ، ويلقى عليها طينه) قيل هى المسئلة بناء على أن من حفر نهرا فى أرض موات بإذن الإمام لايستحق الحريم عنده ، وعندهما يستحقه لأن النهر لاينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشى لتسييل الماء ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر وإلى إلقاء الطين ، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر ، وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه ، وفى البئر عرفناه بالأثر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه فى النهر ، لأن الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ، ولايمكن فى البئر إلا بالاستقاء ، ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق .

ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد ، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وإن كانت مسئلة مبتدأة ، فلهما أن الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ، ولهذا لايملك صاحب الأرض نقضه ، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى : أما صورة : فلاستوائهما ومعنى : من حيث صلاحيته للغرس والزراعة ، والظاهر شاهد لمن فى يده ما هو أشبه به كاثنين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ، ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه .

(وفى الجامع الصغير : نهر لرجل إلى جنبه مسناة ، ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة فى يد أحدهما فهى لصاحب الأرض عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : هى لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك)وقوله وليست المسناة فى يد أحدهما معناه : ليس لأحدهما عليه غرس ، ولاطين ملقى ، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى ، لأنه صاحب يد ولو كان عليه

غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا ، وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر ، وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف ، وقيل : إن لصاحب النهر ذلك مالم يفحش ، وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده ، وقيل : لايمنع للضرورة .

قال الفقيه أبو جعفر : آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى إلقاء الطين ، ثم عن أبى يوسف رحمه الله : أن حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب ، وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس .

فصول فى مسائل الشرب

فصـــل فى المياه

(وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة ، والشفة : الشرب لبنى آدم والبهائم) .

اعلم أن المياه أنواع منها : ماء البحار ، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الأراضى ، حتى إن من أراد أن يكرى نهرا منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالإنتفاع بالشمس والقمر والهواء ، فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء .

والثانى : ماء الأودية العظام ، كجيحون ، وسيحون ، ودجلة ، والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق ، وحق سقى الأراضى فان أحيا واحد أرضا ميتة وكرى منها نهرا ليسقيها إن كان لايضر بالعامة ، ولايكون النهر فى ملك أحد له ذلك لأنها مباحة فى الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره ، وإن كان يضر بالعامة : فليس له ذلك ، لأن دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك فى أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته ، فيغرق القرى والأراضى ، وعلى هذا نصب الرحى عليه : لأن شق النهر للرحى كشقه للسقى به .

والثالث : إذا دخل الماء فى المقاسم فحق الشفة ثابت والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار » وأنه ينتظم الشرب والشرب خص منه الأول وبقى الثانى ، وهو الشفة ، ولأن البئر ونحوها ماوضع للإحراز ، ولايملك المباح بدونه كالظبى إذا تكنس فى أرضه ولأن فى إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج إليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى إلى حرج

عظيم ، وإن أراد رجل أن يسقى بذلك أرضا أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضرّ بهم أو لم يضر ، لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة ، ولأنا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب .

والرابع : الماء المحرز فى الأوانى وأنه صار مملوكا له بالإحراز ، وانقطع حق غيره عنه كما فى الصيد المأخوذ إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل ، وهو ماروينا حتى لوسرقه إنسان فى موضع يعز وجوده ، وهو يساوى نصابا لم تقطع يده ، ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه إذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد ، وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر : إما أن تعطيه الشفة ، أو تتركه يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته ، وهذا مروى عن الطحاوى رحمه الله ، وقيل ماقاله صحيح فيما إذا احتفر فى أرض مملوكة له .

أما إذا احتفرها فى أرض موات فليس له أن يمنعه ، لأن الموات كان مشتركا والحفر لإحياء حق مشترك ، فلا يقطع الشركة فى الشفة ، ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح ؛ لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز فى الاناء حيث يقاتله بغير السلاح ، لأنه قد ملكه ، وكذا الطعام عند إصابة المخمصة ، وقيل فى البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعصا ، لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له ؛ والشفة إذا كان يأتى على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا ، وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الإبل لا تردها فى كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل فى قسمة الشرب ، وقيل له : أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع ، والمساجر والجامع تفويت حقه ، ولهم أن يأخذو الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح ، لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى إلى الحرج ، وهو مدفوع وإن أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره حملا بجراره له ذلك فى الأصح ، لأن الناس يتوسعون فيه ، ويعدون المنع من الدناءة ، وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصا ، وله أن يمنعه من ذلك ، لأن الماء متى دخل فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لأن فى إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه ، فلا يمكنه التسبيل فيه ولا شق الضفة فإن أذن له صاحبه فى ذلك أو أعاره فلا بأس به ، لأنه حقه . فتجرى فيه الإباحة كالماء المحرز فى إنائه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصـــل فى كرى الأنهار

قال رضى الله عنه : الأنهار ثلاثة : نهر غير مملوك لأحد ، ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ، ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة إلا أنه عام ، ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه . فالأول : كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات، لأن الثانى للفقراء والأول للنوائب فإن لم يكن فى بيت المال شىء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لايقيمونها بأنفسهم ، وفى مثله قال عمر رضى الله عنه: لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ، ويجعل مؤنته على المياسير الذين لايطيقونه بأنفسهم .

وأما الثانى : فكريه على أهله لاعلى بيت المال ، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام ، وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ، ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق ، وفيه ضرر عام كغرق الأراضى وفساد الطرق يجبر الآبى وإلا فلا ، لأنه موهوم بخلاف الكرى لأنه معلوم .

وأما الثالث : وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ، ثم قيل : يجبر الآبى كما فى الثانى ، وقيل لايجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبى بما اتفقوا فيه إذا كان بأمر القاضى ، فاستوت الجهتان بخلاف ماتقدم ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه ، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عندأبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : هى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين ، لأن لصاحب الأعلى حقا فى الأسفل لإحتياجه إلى تسييل مافضل من الماء فيه ؛ وله أن المقصد من الكرى الإنتفاع بالسقى ، وقد حصل لصاحب الأعلى ، فلا يلزمه إنفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته ، كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه ، وقيل : إذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد رحمه الله والأول أصح : لأن له رأيا فى اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله ، فإذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته ، قيل له : أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى فى حقه ،

وقيل : ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكرى شيء لأنهم لايحصون ولأنهم أتباع .

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى .

قال (وإذا كان نهر لرجل يجرى فى أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجرى النهر فى أرضه ترك على حاله) لأنه مستعمل له بإجراء مائه فعند الإختلاف يكون القول قوله ، فإن لم يكن فى يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قدكان مجراه له فى هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها ، فيقضى له لإثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب فى نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى فى دار غيره فحكم الإختلاف فيها نظيره فى الشرب .

قال (وإذا كان نهر بين قوم واختصموا فى الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود الإنتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو فى الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد ، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته ، أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز ، لأن الحق له إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضرارا بهم وليس لأحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضا أصحابه لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء . إلا أن يكون رحى لايضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها ، لأنه تصرف فى ملك نفسه ، ولا ضرر فى حق غيره ومعنى الضرر بالنهر مابيناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ماإذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك ، لأنه يتصرف فى خالص ملكه وضعا ورفعاً ولاضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ، ويمنع من أن يوسع فم النهر

لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء ، وكذا إذا كانت القسمة بالكوى ، وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر ، فيجعلها فى أربعة أذرع منه لإحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ماإذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح ، لأن قسمة الماء فى الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة ، فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك ، لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ، ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ، ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لايضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ماإذا كانت الكوى فى النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الأولى .

قال (وليس لأحد من الشركاء فى النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها فى ذلك شرب) لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه .

قال (وكذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الأولى ، حتى ينتهى إلى هذه الأرض الأخرى) لأنه يستوفى زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأخرى وهو نظير طريق مشترك إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى يفتحها فى هذا الطريق ، ولوأراد الأعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر ، وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما ، لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما ، وبعد التراضى لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك ، وكذا لورثته من بعده ، لأنه إعارة الشرب ، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه ، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز هذه العقود ، إما للجهالة أو للغرر ، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره ، وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة ، وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح حتى يجب مهر المثل ، ولا فى الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشىء من العقود ، ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما فى حال حياته ، وكيف يصنع الإمام؟ الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها

ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ، ثم ضم الشرب إليها وباعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين (وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أى ملأها (فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لأنه غير متعد فيه ، والله أعلم .

كتاب الأشربة

سمي بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها .

قال (والأشربة المحرمة أربعة : الخمر وهى عصير العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ، والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع .

أحدها : فى بيان مائيتها وهى النيء من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا ، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم . وقال بعض الناس : هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » وقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار إلى الكرمة والنخلة ، ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر ، ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ، ولهذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره ، ولأن حرمة الخمر قطعية وهى فى غيرها ظنية ، وإنما سمى خمرا لتخمره ، لا لمخامرته العقل على أن ما ذكرتم لاينافى كون الاسم خاصا فيه فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف ، لا لكل ما ظهر ، وهذا كثير النظير والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله .

والثانى : أريد به بيان الحكم ، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة . والثانى فى حق ثبوت هذا الاسم ، وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما إذا اشتد صار خمرا ، ولا يشترط القذف بالزبد ، لأن الاسم يثبت به ، وكذا المعنى المحرم ، وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد ، ولأبى حنيفة رحمه الله : أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه ، إذ به يتميز الصافى من الكدر ، وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية

كالحد وإكفار المستحل وحرمة البيع ، وقيل : يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا .

والثالث : أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ، ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال : إن السكر منها حرام ؛ لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فإنه تعالى سماه رجسا ، والرجس ما هو محرم العين ، وقد جاءت السنة متواترة أن النبى عليه الصلاة والسلام حرم الخمر وعليه انعقد الإجماع ولأن قليله يدعو إلى كثيره ، وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ، ثم هو غير معلول عندنا حتى لايتعدى حكمه إلى سائر المسكرات ، والشافعى رحمه الله يعديه إليها ، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم ، والتعليل فى الأحكام لا فى الأسماء .

والرابع : أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول اثبوتها بالدلائل القطعية على مابينا .

والخامس : أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعى .

والسادس : لسقوط تقومها فى حق المسلم حتى لايضمن متلفها وغاصبها ، ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها . وقال عليه الصلاة والسلام « إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها » ، واختلفوا فى سقوط ماليتها ، والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضن بها ، ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لايحل له أن يأخذه ولاللمديون أن يؤديه ، لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب فى يده أو أمانة على حسب مااختلفوا فيه كما فى بيع الميتة ، ولوكان الدين على ذمى ، فإنه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز .

والسابع : حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب ، وفى الانتفاع به اقتراب .

والثامن : أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه » إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقى الجلد مشروعا ، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وتقديره ماذكرناه فى الحدود .

والتاسع : أن الطبخ لايؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لالرفعها بعد ثبوتها إلا أنه

لايحد فيه مالم يسكر منه على ماقالوا لأن الحد بالقليل فى النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ .

والعاشر : جواز تخليلها ، وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وسنذكره من بعد إن شاء الله : هذا هو الكلام فى الخمر .

وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ، ويسمى الباذق والمنصف وهو ماذهب نصفه بالطبخ ، فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو إذا اشتد على الاختلاف . وقال الأوزاعى : إنه مباح وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر . ولنا أنه رقيق ملذ مطرب ، ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به .

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أى الرطب فهو حرام مكروه . وقال شريك بن عبد الله : إنه مباح لقوله تعالى — تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا — امتنّ علينا به وهو بالمحرّم لايتحقق : ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ويدل عليه مارويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة كلها ، وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا .

وأما نقيع الزبيب : وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الأوزاعى ؛ وقد بينا المعنى من قبل إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر التى لايكفر مستحلها ويكفر مستحلّ الخمر لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ، ولايجب الحدّ بشربها حتى يسكر ، ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ، ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما ، لأنه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها ؛ بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ، ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة . وعن أبى يوسف رحمه الله، أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين .

(وقال فى الجامع الصغير : وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم ، والبيان لايوجد فى غيره وهو نصّ على أن مايتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولا يحد شاربه عنده وإن سكر

منه ، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك ؛ وعن محمد رحمه الله : أنه حرام ويحد شاربه إذا سكر منه ويقع طلاقه إذا سكر منه كما فى سائر الأشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف رحمه الله يقول : ما كان من الأشربة يبقى بعد مايبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإنى أكرهه ثم رجع إلى قول أبى حنيفة رحمه الله) وقوله الأول مثل قول محمد رحمه الله إن كل مسكر حرام ، إلا أنه تفرد بهذا الشرط ، ومعنى قوله يبلغ : يغلى ويشتد ، ومعنى قوله : ولايفسد : لايحمض ، ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ، ومثل ذلك مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه فيما يحرم أصل شربه ، وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وأبو يوسف رحمه الله رجع إلى قول أبى حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا .

(وقال فى المختصر : ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال) وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لايسكره من غير لهو ولا طرب ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وعند محمد والشافعى رحمهما الله حرام ، والكلام فيه كالكلام فى المثلث العنبى ، ونذكره إن شاء الله تعالى .

قال (ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال : سقانى ابن عمر رضى الله عنه شربة ما كدت أهتدى إلى منزلى فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال : ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النىء منه ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب ، والزبيب والرطب ، والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك فى الابتداء .

قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار إلى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لإباحته ، وقيل لايشترط وهو المذكور فى الكتاب ولأن قليله لايدعو إلى كثيره كيفما كان وهل يحد فى المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل لايحد ، وقد ذكرنا الوجه من قبل .

قالوا : والأصح أنه يحد ، فإنه روى عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل وهذا ، لأن الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا ، وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لايحل عند أبى حنيفة اعتبارا بلحمه إذ هو متولد منه قالوا وإلا صح أنه يحل ، لأن كراهة لحمه لما فى إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه .

قال (وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه حلال وإن اشتد) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد ومالك والشافعى رحمهم الله : حرام ، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوى : أما إذا قصد به التلهى فلا يحل بالاتفاق ، وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك ، وعنه أنه توقف فيه ، لهم فى إثبات الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » وقوله عليه الصلاة والسلام « ما أسكر كثيره فقليلة حرام » ، ويروى عنه عليه الصلاة والسلام « ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام » ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ، ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها » ويروى « بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب » خص السكر بالتحريم فى غير الخمر إذ العطف للمغايرة ، ولأن المفسد هو القدح المسكر ، وهو حرام عندنا ، وإنما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير ، فأعطى حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو فى نفسه غذاء فبقى على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على مابيناه ، ثم هو محمول على القدح الأخير ، إذ هو المسكر حقيقة ، والذى يصب عليه الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ، ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث ، لأن صب الماء لايزيده إلا ضعفا بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ، ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل ، لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما ، فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب ، ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله . وفى رواية عنه : لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح : لأن العصير قائم فيه من غير تغير ، فصار كما بعد العصر ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل ، حتى يذهب ثلثاه ، لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه ، فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ،

ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ، ثم أنقع فيه تمر أو زبيب إن كان ما أنقع فيه شيئا يسيرا لايتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صب فى المطبوخ قدح من النقيع ، والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حدّ فى شربه ، لأن التحريم للاحتياط وهو للحد فى درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل ، لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ .

قال (ولا بأس بالانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية « فاشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر » وقال ذلك بعدما أخبر عن النهى عنه ، فكان ناسخا له وإنما ينتبذ فيه بعد تطهيره . فإن كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر ، وإن كان جديدا لايطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق ، وعند أبى يوسف : يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرة وهى مسئلة مالا ينعصر بالعصر ، وقيل عند أبى يوسف : يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته .

قال (وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشىء يطرح فيها ولايكره تخليلها) وقال الشافعى رحمه الله : يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بالقاء شىء فيه قولا واحدا ، وإن كان بغير إلقاء شىء فيه فله فى الخل الحاصل به قولان ، له أن فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والأمر بالاجتناب ينافيه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « نعم الإدام الخل » من غير فصل ؛ وقوله عليه الصلاة والسلام « خير خلكم خل خمركم » ، ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد ، وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذى به والاصلاح مباح ، وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لإعدام الفساد ، فأشبه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالا فى الثانى فيختاره من ابتلى به وإذا صار الخمر خلا يطهر مايوازيها من الاناء ، فأما أعلاه وهو الذى نقص منه الخمر قيل : يطهر تبعا وقيل لايطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا إذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ماقالوا .

قال (ويكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) لأن فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ، ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذميا ، ولا

أن يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب ؛ وقيل : لا تحمل الخمر إليها . أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب والميتة ، ولو ألقى الدردى فى الخل لا بأس به ؛ لأنه يصير خلا لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما قلنا .

قال (ولا يحد شاربه) أى شارب الدردى (إن لم يسكر) وقال الشافعى رحمه الله : يحد ، لأنه شرب جزءا من الخمر . ولنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الأشربة ولا حد فيها إلا بالسكر ، ولأن الغالب عليه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الإحتقان بالخمر وإقطارها فى الإحليل) لأنه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ، ولو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد مالم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ (ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر) لقيام أجزاء الخمر فيه .

فصل فى طبخ العصير

والأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحل الثلث الباقى بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب ستة دوارق ، ويبقى الثلث فيحل ، لأن الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأياما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة ، وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ، ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقى بعد ما ذهب مقدار ماصب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه ، لأن الذاهب الأول هو الماء والثانى العصير فلا بد من ذهاب ثلثى العصير ، وإن كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ؛ ويبقى ثلثه فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقى ماء وعصير فصار كما إذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلى ثلثاه ، بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ، فى الوجه الأول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة ، لأنه ثلث العصير ، وفى الوجه الثانى : حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلى بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما ، ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار ، وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه فى الباقى بعد المنصب ، ثم تقسمه على مابقى بعد ذهاب ماذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شىء فايخرج

بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ، ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله ، وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقى بعد المنصب وهو سبعة فيكون عشرين ، ثم تقسم العشرين على مابقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة ؛ فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت أن الحلال فيمابقى منه رطلان وتسعان ، وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل والله أعلم بالصواب .

كتاب الصيد

الصيد : الاصطياد ويطلق على مايصاد والفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم لقوله تعالى ــ وإذا حللتم فاصطادوا ــ ولقوله عز وجل ــ وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما ــ ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم الطائى رضى الله عنه « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » وعلى إباحته انعقد الإجماع ، ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف ، فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ، ثم جملة مايحويه الكتاب فصلان أحدهما فى الصيد بالجوارح . والثانى فى الاصطياد بالرمى .

فصل فى الجوارح

قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة » وفى الجامع الصغير : وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته) والأصل فيه قوله تعالى ــ وما علمتم من الجوارح مكلبين ــ والجوارح الكواسب قال فى تأويل المكلبين المسلطين ، فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى رضى الله عنه ، واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد ، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه استثنى من ذلك الأسد والدب ، لأنهما لايعملان لغيرهما الأسد لعلو همته والدب لخساسته وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته ، والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لابد من التعليم

لأن ماتلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه .

قال (وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات ، وتعليم البازى أن يرجع ويجيب إذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ولأن بدن البازى لايحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولأن آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه ، وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب ، ثم شرط ترك الأكل ثلاثا ، وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله : لأن فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا ، فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له ، وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وإبلاء الأعذار كما فى مدة الخيار ، وفى بعض قصص الأخيار ولأن الكثير هو الذى يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدر بها ، وعند أبى حنيفة رحمه الله : على ماذكر فى الأصل لايثبت التعليم مالم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولايقدر بالثلاث ، لأن المقادير لاتعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض إلى رأى المبتلى به كما هو أصله فى جنسها ، وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا ، وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث ، وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر فى سكوت المولى ، وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لأن الإذن إعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة .

قال (وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله) لما روينا من حديث عدى رضى الله عنه : ولأن الكلب أو البازى آلة والذبح لايحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمى وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده ، ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا فى الذبائح ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية ، ليتحقق الذكاة الاضطرارى وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن بانتساب ماوجد من الآلة إليه بالاستعمال ، وفى ظاهر قوله تعالى — وما علمتم من الجوارح — ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل فيحمل على الجارح الكاسب

بنابه ومخلبه ولا تنافى وفيه أخذ باليقين ، وعن أبى يوسف : أنه لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول ، وجوابه ما قلنا

قال (فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازى أكل) والفرق ما بيناه فى دلالة التعلم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى رضى الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعى فى قوله القديم فى إباحة ما أكل الكلب منه .

قال (ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لأنه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء ، وأما الصيود التى أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان فى المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز فى بيته يحرم عنده خلافا لهما ، هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ، ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا ، وله أنه آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لاينسى أصلها ، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم وتبدل الإجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء

قال (ولو أن صقرا فرّ من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لايؤكل صيده) لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد .

قال (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لأنه ممسك للصيد عليه ، وهذا من غاية علمه حيث شرب مالا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له .

قال (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقى) لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره ، وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد ، والشرط ترك الأكل من الصيد، فصار كما إذا افترس شاته ، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية .

قال (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد .

قال (ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مرّ بتلك

البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لأنه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لم يضره ، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى ، بخلاف الوجه الأول لأنه أكل فى حالة الاصطياد ، فكان جاهلا ممسكا لنفسه ، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول وبعده على الوجه الثانى فلا يدل على جهله .

قال (وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ، وكذا البازى والسهم) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ المقصود هو الإباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل ، وهذا إذا تمكن من ذبحه ، أما إذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح لم يؤكل فى ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : أنه يحل وهو قول الشافعى رحمه الله : لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ، ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لأنه ثبت يده على المذبح ، وهو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتباره ، لأنه لابد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما إذا بقى فيه من الحياة مثل مايبقى فى المذبوح لأنه ميت حكما ، ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم ، كما إذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل ، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ، لأنه إذا وقع فى يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار ، وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه ، أما إذا شق بطنه وأخرج مافيه ثم وقع فى يد صاحبه حل لأن مابقى اضطراب المذبوح ، فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت ، وقيل هذا قولهما ، أما عند أبى حنيفة رحمه الله : فلا يؤكل أيضا لأنه وقع فى يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار رده إلى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى . هذا الذى ذكرناه إذا ترك التذكية ، فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبى حنيفة رحمه الله ، وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة ، والذى بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى – إلا ماذكيتم – استثناه مطلقا من غير فصل ، وعند أبى يوسف رحمه الله : إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح ، وقال محمد رحمه الله : إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه .

قال (ولو أدركه ولم يأخذه فإن كان فى وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صار فى حكم المقدور عليه .

قال (وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد .

قال (وإن أدركه فذكاه حل له) لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع وإن لم يكن فيه حياة مستقرة ، فعند أبى حنيفة رحمه الله : ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح .

قال (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك رحمه الله : لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالمشار إليه ، ولنا أنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به ، إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره .

قال (ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال ، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه ، ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة ، بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة .

قال (ومن أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل) لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا لاستراحة فلا يقطع الإرسال .

قال (وكذا الكلب إذا اعتاد عادته ، ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا) لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فأصابه وأصاب آخر .

قال (ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى) لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم .

قال (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شىء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل) وهذا إذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وإنما مكث ساعة للتمكين لما بيناه فى الكلب .

قال (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله إنسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك فى الإرسال ولا تثبت الاباحة بدونه .

قال (وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه ، وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر ، وعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لإنهار الدم ، ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق .

قال (وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل) لما روينا فى حديث عدى رضى الله عنه ، ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله) لوجود المشاركة فى الأخذ وفقدها فى الجرح ، وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسى عليه بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرده الكلب الثانى على الأول لكنه أشد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله.) لأن فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصر تبعا فيضاف إليهما .

قال (وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه ، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب ، ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما فى نسخ الآى ، والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه .

قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل) لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل ، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لأن الزجر مثل الانفلات لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل . وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل

تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للأول) لأن الأول أخرجه عن حدّ الصيدية إلا أن الإرسال من الثانى حصل على الصيد ، والمعتبر فى الاباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثانى بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول .

فصل فى الرمى

(ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أىّ صيد كان لأنه قصد الاصطياد ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ، ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة فى شىء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر فى جلدها ، وزفر رحمه الله خص منها مالا يؤكل لحمه ، لأن الإرسال فيه ليس للإباحة ، ووجه الظاهر : أن اسم الإصطياد لايختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا ، وهو فعل مباح فى نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر مايقبله لحما وجلدا ، وقد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلىّ لا يحل المصاب) لأن الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذى يأوى البيوت أهلى والظبى الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى إلى طائر فأصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشى هو أو غير وحشى حل الصيد) لأن الظاهر فيه التوحش (ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدرى نادّ هو أم لا لايحل الصيد) لأن الأصلّ فيه الاستئناس (ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل فى رواية عن أبى يوسف) لأنه صيد وفى أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما (ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل) لأنه لامعتبر بظنه مع تعينه (وإذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب إذا جرح السهم فات) لأنه ذابح بالرمى لكون السهم آلة له ، فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ، ولا بدّ من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه .

قال (وإن أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها فى الفصل الأول فلا نعيده .

قال (وإذ وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه

ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال ولعل هوامّ الأرض قتلته ، ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحلّ أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا ، إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرىَ الاصطياد عنه ، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله ، والذى رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله : إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لم يحل (ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لايحل) لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه .

قال (وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض لم يؤكل) لأنه المتردية وهي حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال ، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعدى رضى الله عنه « وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدرى أن الماء قتله أو سهمك » (وإن وقع على الأرض ابتداء أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد ، بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة تَرجح جهة الحرمة احتياطا ، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه ، لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ، ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء ، وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر ، وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمل مطلق المروى في الأصل على غير حالة الانشقاق ، وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك ، وحمل رحمه الله المروى في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض

لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح ، وإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لا تنغمس في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء .

قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وإن جرحه يؤكل) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل » ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه .

قال (ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها) لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخرق وكذلك إن رماه بحجر وكذلك إن جرحه ، قالوا تأويله إذا كان ثقيلا وبه حدة ، لاحتمال أنه قتله بثقله ، وإن كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ، ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة ، فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه ، ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا ، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه ، لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج ، ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح .

والأصل في هذه المسائل : أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا ، وإذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما وإن وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا ، وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل ، لأنه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ، ولو رماه فجرحه ومات بالجرح إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين ، سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم ، وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار ، وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء ، وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء ، ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل : لا تحل وقيل : تحل ، ووجه القولين دخل فيما ذكرناه وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه .

قال (وإذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو)

وقال الشافعي رحمه الله : أكلا إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار ، فيحل المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحي فهو ميت » ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة ، لأن المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه ، وكذا حكما لأنه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ، ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالذكاة .

قلنا : حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي ، وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالإنفصال فصار هـــذا الحرف هو الأصل لأن المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح ، فإنه حياة صورة لا حكما ، ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول إذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي (ولو قده بنصفين أو قطعه أثلاثا والأكثر مما يلي العجز ، أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه : يحل المبان والمبان منه) لأن المبان منه حي صورة لا حكما إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وإن تناول السمك وما أبين منه فهو ميت إلا أن ميتته حلال بالحديث الذى رويناه (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج) ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع ، وإن ضربه من قبل القفا إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل (ولو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا ولم يبنه ، إن كان يتوهم الالتئام والاندمال فإذا مات حل أكله) لأنه بمنزلة سائر أجزائه ، وإن كان لا يتوهم بأن بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الإبانة معنى والعبرة للمعاني .

قال (ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني) لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولابد منها في إباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لأنهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل) لأنه هو الآخذ ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه

(وإن كان الأول أثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للأول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثانى ، وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الأول وهذا إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمى الثانى ، وأما إذا كان الأول بحال لايسلم منه الصيد بأن لايبقى فيه من الحياة إلا بقدر مايبقى فى المذبوح كما إذا أبان رأسه يحل لأن الموت لايضاف إلى الرمى الثانى لأن وجوده وعدمه بمنزلة ، وإن كان الرمى الأول بحال لايعيش منه الصيد إلا أنه بقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوما أودونه ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله : لايحرم بالرمى الثانى ، لأن هذا القدر فيه من الحياة لاعبرة بها عنده ، وعند محمد رحمه الله : يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ماعرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان الأول بحال لايسلم منه الصيد سواء فلا يحل .

قال (والثانى ضامن لقيمته للأول غير مانقصته جراحته) لأنه بالرمى أتلف صيدا مملوكا له لأنه ملكه بالرمى المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمه المتلف تعتبر يوم الاتلاف .

قال رضى الله عنه : تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثانى بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه ، والثانى بحال لايسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثانى ، وقد قتل حيوانا مملوكا للأول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما إذا قتل عبدا مريضا ، وإن علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لايدرى قال فى الزيادات : يضمن الثانى مانقصته جراحته ، ثم يضمنه نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه . أما الأول ، فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن مانقصه أولا ، وأما الثانى : فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه ، وهو مملوك لغيره ، فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ، لأن الأولى ماكانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث : فلأن بالرمى الأول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه ، وإن كان رماه الأول ثانيا ، فالجواب فى حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامى غيره ويصير كما إذا رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لايحل لأن الثانى محرم كذا هذا .

قال (ويجوزا اصطياد مايؤكل لحمه من الحيوان ومالا يؤكل) لاطلاق ماتلونا والصيد لايختص بمأكول اللحم ، قال قائلهم :

صيد الملوك أرانب وثعالب　　　وإذا ركبت فصيدى الأبطال

ولأن صيده سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله أعلم بالصواب .

كتاب الرهن

الرهن لغة : حبس الشيء بأى سبب كان ، وفى الشريعة : جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى — فرهان مقبوضة — وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه ، وقد انعقد على ذلك الاجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة .

قال (الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض) قالوا : الركن الإيجاب بمجرده ، لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة ، والقبض شرط اللزوم على مانبينه إن شاء الله تعالى ، وقال مالك رحمه الله : يلزم بنفس العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة . ولنا ماتلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الأمر ، ولأنه عقد تبرع لما أن الراهن لايستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ، ولهذا لايجبر عليه فلابد من إمضائه كما فى الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع ، فأشبه قبض المبيع وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايثبت فى المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشترى ، وليس بموجب ابتداء والأول أصح .

قال (وإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (ومالم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن) لما ذكرنا أن اللزو[م] بالقبض إذ المقصود لايحصل قبله .

قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل فى ضمانه) وقال الشافعى رحمه الله هو أمانة فى يده ولا يسقط شىء من الدين بهلاكه ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن » قالها ثلاثا « لصاحبه غنمه وعليه غرمه» قال ومعناه لايصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لايسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد مااقتضاه العقد إذالحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ، ولنا قول النبى عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده «ذهب حقك» وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا عمى الرهن فهو بما فيه » معناه على ماقالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ماهلك ، وإجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته فالقول بالأمانة خرق له ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن » على ماقالوا الاحتباس الكلى والتمكن بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخى عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد ، والحبس لأن الرهن ينبىء عن الحبس الدائم . قال الله تعالى — كل نفس بما كسبت رهينة — وقال قائلهم :

وفارقتك برهن لافكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء ؛ ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه ؛ وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه ، وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى إلى الربا بخلاف حالة القيام ، لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، فلا يتكرر ولاوجه إلى استيفاء الباقى بدونه لأنه لايتصور والاستيفاء يقع بالمالية . أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة ، وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما فى الحوالة .

فالحاصل : أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه . وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الأصلين عدة

من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها فى كفاية المنتهى جملة . منها : أن الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لايمنع منه لأنه لاينافى موجبه وهو تعينه للبيع ، وسيأتيك البَوَاقى فى أثناء المسائل إن شاء الله تعالى .

قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب ،قال رضى الله عنه : ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين ، ويمكن أن يقال إن الواجب الأصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ماعليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ،ولئن كان لايجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفالة ، ولهذا لاتبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة .

قال (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فإذا هلك فى يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة فى يده) لأن المضمون بقدر مايقع به الاستيفاء وذاك بقدر الدين (فإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المالية .

وقال زفر رحمه الله : الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة ، له حديث على رضى الله عنه قال : يترادان الفضل فى الرهن ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به ، فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ، ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ، ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء ، فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما فى حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة فى حق الضمان ، والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع فإنه روى عنه أنه قال : المرتهن أمين فى الفضل .

قال (وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء : فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء

على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو محتمل (وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وإن طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لأن الأماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ، ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه فى باب السلم بالإجماع (وإن كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف إحضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز) لإطلاق الأمر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن) لأنه لا قدرة له على الإحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف إحضاره) لقيام البدل مقام المبدل لأن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن ، لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين ، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة ؛ لأن القيمة خلف عن الرهن فلابد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن ، وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن) لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (ولو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده يقول : أودعنى فلان ولا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا (وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو) لما قلنا (ولو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن وقال : هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشىء حتى يثبت كونه رهنا) لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال ، والتوى على المرتهن ، فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به .

قال (وإن كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لأن

حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على مابيناه (ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه) لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه) لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده (وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه ، ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لأنه يبقى مضمونا مابقى القبض والدين (ولو هلك فى يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لاباستخدام ولا بسكنى ولا لبس إلا أن يأذن له المالك) لأن له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن وليس له أن يؤاجر ويعير) لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه ، فإن فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى .

قال (وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قال رضى الله عنه : معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا ، وهذا لأن عينه أمانة فى يده فصار كالوديعة (وإن حفظه بغير من فى عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثانى ؟ فهو على الخلاف ، وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة (وإذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدى (ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن) لأنه متعد بالاستعمال ، لأنه غير مأذون فيه ، وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء ، لأن العادة فيه مختلفة (ولو جعله فى بقية الأصابع كان رهنا بما فيه) لأنه لايلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ ، وكذا الطيلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن وإن وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة ، وإن لبس خاتما فوق خاتم إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وإن كان لايتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن .

قال (وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن) والأصل أن مايحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن ، سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن ، لأن العين باق على ملكه وكذلك

منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه ، لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه وأجرة الراعى فى معناه ، لأنه علف الحيوان ، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ ؛ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه ، فيكون بدله عليه ، وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ الرهن فيه ، وهذا فى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف رحمه الله أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى فى تبقيته ، ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده ، فكانت مؤنة الرد فيلزمه ، وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء . وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون ، وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه ، لأنه أمانة فى يده والرد لإعادة اليد ، ويده فى الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها ، فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه ، فإن كلها تجب على المرتهن ، وإن كان فى قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له ، فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون .

قال (ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة) لأنه من مؤن الملك .

قال (والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن) لتعلقه بالعين ، ولا يبطل الرهن فى الباقى لأن وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف الاستحقاق .

قال (وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع ، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه) كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضى عامة . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضى ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إنه يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر ، والله أعلم .

باب مايجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز

قال (ولايجوز رهن المشاع) وقال الشافعى رحمه الله يجوز : ولنا فيه وجهان : أحدهما يبتنى على حكم الرهن ، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء ، وهذا لايتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع ، وعنده المشاع يقبل ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع ، والثانى : أن موجب الرهن هو الحبس الدائم ، لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه ، وكل ذلك يتعلق بالدوام ، ولا يفضى إليه إلا استحقاق الحبس ، ولو جوّزناه فى المشاع يفوت الدوام ، لأنه لابد من المهايأة ، فيصير كما إذا قال : رهنتك يوما ويوما لا ، ولهذا لايجوز فيما يحتمل القسمة ، ومالا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لايحتمل القسمة ، لأن المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم ، أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لايقبله وإن كان لايحتمل القسمة ، ولا يجوز من شريكه لأنه لايقبل حكمه على الوجه الأول ، وعلى الوجه الثانى : يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن ، فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا ، والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه لايمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة . وجه الأول : أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه فالإبتداء والبقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح ، بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك ، واعتبار القبض فى الإبتداء لنفى الغرامة على مابيناه ولاحاجة إلى اعتباره فى حالة البقاء ، ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ، ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن .

قال (ولا رهن ثمرة على رءوس النخيل دون النخيل ولا زرع الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل فى الأرض دونها) لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى الشائع .

قال (وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لايمكن قبض المرهون وحده ، وعن أبى حنيفة رحمه الله : أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها ، بخلاف ماإذا رهن

الدار دون البناء ؛ لأن البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الأرض وهى مشغولة بملك الراهن .

قال (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لأن هذه مجاورة وهى لاتمنع الصحة .

قال (ولوكان فيه ثمر يدخل فى الرهن) لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد، بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز ولاضرورة إلى إدخاله من غير ذكره ، وبخلاف المتاع فى الدار حيث لايدخل فى رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الأرض ولايدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة .

قال (ويدخل البناء والغرس فى رهن الأرض والدار والقرية) لما ذكرنا.

قال (ولو رهن الدار بما فيها جاز ، ولو استحق بعضه إن كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته وإلا بطل كله) لأن الرهن جعل كأنه ماورد إلا على الباقى، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة، وكذا متاعه فى الوعاء المرهون، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها ، فلا يتم حتى يلقى الحمل ،لأنه شاغل لها ، بخلاف ماإذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا فى دار أو فى وعاء دون الدار والوعاء ، بخلاف ماإذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لايكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه ، لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر .

قال (ولا يصح الرهن بالأمانات) كالودائع والعوارى والمضاربات .

قال (ومال الشركة) لأن القبض فى باب الرهن قبض مضمون فلابد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه .

قال (وكذلك لايصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع) لأن الضمان ليس بواجب . فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن ، فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه، مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد فيصح الرهن بها ، لأن الضمان متقرر فإنه إن كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح .

قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء، ولا استيفاء قبل الوجوب، وإضافة التمليك إلى زمان فى المستقبل لاتجوز، أما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما فى الصوم والصلاة، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة، لأنه لاعقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنتك هـذا لتقرضنى ألف درهم، وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته، لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه.

قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر رحمه الله لايجوز لأن حكمه الاستيفاء، وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود. ولنا أن المجانسة ثابتة فى المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على مامر.

قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا أنه غير مضمون بنفسه.

قال (فإن هلك ذهب بغير شيء) لأنه لااعتبار للباطل فبقى قبضا بإذنه.

قال (وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما.

قال (وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما.

قال (وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم.

قال (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته.

قال (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لأنه رهنه به، وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا، وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفى الثمن، ثم لو هلك المشترى فى يد المشترى يهلك بقيمته فكذا هنا.

قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لأن حكم الرهن ثبوت

يد الاستيفاء ، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية فى الحر ّوقيام المانع فى الباقين، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس ، وكذا بالقصاص فى النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن .

قال (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لأن المبيع غير مضمون على المشترى .

قال (ولا بالعبد الجانى والعبد المأذون المديون) لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء .

قال (ولا بأجرة النائحة والمغنية ، حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لأنه لا يقابله شيء مضمون .

قال (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمى) لتعذر الإيفاء والاستيفاء فى حق المسلم ثم الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمى كما إذا غصبه ، وإن كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه ، بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم ، لأنها مال فى حقهم ، أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم ، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال .

(ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرًّا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون) لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا (وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر ّ) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون) وعن أبى يوسف رحمه الله خلافه ، وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه .

قال (ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لأنه يملك الإيداع ، وهذا أنظر فى حق الصبى منه لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصى بمنزلة الأب) فى هـذا الباب لما بينا . وعن أبى يوسف وزفر رحمهما الله : أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء ، ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن فى حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال ، وفى هـذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه . فوضح الفرق (وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك فى يده ويصير الأب) أو الوصى (موفيا له ويضمنه للصبى) لأنه قضى دينه بماله ، وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه ، لأنه

توكيل بالبيع وهما يملكانه ، قالوا : أصل هذه المسئلة البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما ، وعند أبي يوسف رحمه الله : لاتقع المقاصة،وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان .

(وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز) لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز) لأنه وكيل محض ، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة ، فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا له بالأب ، والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه ، بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ، ولا تهمة في الرهن لأن له حكما واحدا (وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لأن الاستدانة جائزة للحاجة ، والرهن يقع إيفاء الحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لأن الأولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء (وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين) لوقوعه لازما من جانبه ، إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب) لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن (وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه) لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على أمرين جائزين (فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد) لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب .

(ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ ، لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه، هذا على ما نبيه

إن شاء الله تعالى (والمال دين على الوصى) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبى) لأنه غير متعد فى هذه الاستعارة ، إذ هى لحاجة الصبى (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبى) لأنه متعد ، إذ ليس له ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه (ولو غصبه الوصى بعد مارهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته) لأنه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى به الدين إن كان قد حل (فإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وإن كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن والفضل لليتيم ، وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم ، فتكون رهنا عنده ، ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه .

(ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد ، وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ، ولهذا قال فى كتاب الإقرار : إذا أقر الأب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شىء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ ، فإذا هلك فى يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصى على الصغير ، لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له، وإن كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصى على الصبى بذلك لما ذكرنا .

قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا فى الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة ، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ، ويكون رهنا مكانه .

(وفى الجامع الصغير : فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضى الله عنه : معناه : أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب فى الوجهين

بالاتفاق ، لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة ،وهي مثل الدين فى الأول وزيادة عليه فى الثانى فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور ، لهما: أنه لاوجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ، ولا إلى اعتبار القيمة ، لأنه يؤدى إلى الربا فصرنا إلى التضمين ، بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه ، وله : أن الجودة ساقطة العبرة فى الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما إذا تجوز به ، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ، ولهذا يحتاج إلى نقضه ، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان ، لأنه لا بد له من مطالب ومطالب ، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه ، ويتعذر التضمين بتعذر النقض ، وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء ،وهومعروف،غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور ، لأن محمدا فيها مع أبى حنيفة رحمه الله ، وفى هذا مع أبى يوسف رحمه الله ، والفرق لمحمد رحمه الله أنه قبض الزيوف ليستوفى من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر ، فلا بد من نقض القبض ، وقد أمكن عنده بالتضمين ، ولو انكسر الإبريق ففى الوجه الأول ، وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : لايجبر على الفكاك ، لأنه لا وجه إلى أن يذهب شىء من الدين لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الإنفراد ، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه إن شاء افتكه بما فيه ، وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه ، وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان،وعند محمد رحمه الله:إن شاء افتكه ناقصا وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الإنكسار بحالة الهلاك ، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلةالهلاك،وفى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالإجماع ، فكذا فيما هو فى معناه .

قلنا : الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة ، وفى جعله بالدين إغلاق الرهن ، وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة أولى ،وفىالوجه الثالث : وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه ، وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق ، أما عندهما فظاهر ، وكذلك عند محمد رحمه الله ، لأنه يعتبر حالة الإنكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة ، وفى الوجه الثانى وهو ما إذاكانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر عند

أبي حنيفة رحمه الله: يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده ، لأن العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة ، فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا ، وإن كان بعضه فبعضه ، وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة ، وعند أبي يوسف رحمه الله : يضمن خمسة أسداس قيمته ، ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه يفرز ، حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا ، فعنده تعتبر الجودة والرداءة ، وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر ، وهذا لأن الجودة متقومة فى ذاتها ، حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها ، وفى تصرف المريض وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فأمكن اعتبارها ، وفى بيان قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف فى موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها .

قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس . والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل ، وجه القياس : أنه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه ، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد البيع ، وجه الاستحسان : أنه شرط ملائم للعقد لأن الكفالة والرهن للإستيثاق ، وأنه يلائم الوجوب ، فإذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى ، وهو ملائم فصح العقد ، وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الإعتبار لعينه فيفسد ، ولو كان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر رحمه الله : يجبر ، لأن الرهن إذا شرط فى البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه ، ونحن نقول : الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولاجبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار إن شاء رضى بترك الرهن ، وإن شاء فسخ البيع) لأنه وصف مرغوب فيه وما رضى إلا به فيتخير بفواته (إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لأن يد الإستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة .

قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء ، والعبرة

فى العقود للمعانى حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة فى ضد ذلك كفالة ، وقال زفر رحمه الله : لا يكون رهنا ومثله عن أبى يوسف رحمه الله ، لأن قوله : أمسك، يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع ، والثانى أقلهما فيقضى بثبوته ، بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن : قلنا : لما مده إلى الاعطاء علم أن مراده الرهن .

فصــــل

(ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) وحصة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما ، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين ، فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين ، وصار كالمبيع فى يد البائع ، فإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه به فكذا الجواب فى رواية الأصل ، وفى الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى له ، وجه الأول : أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما فى المبيع ، وجه الثانى : أنه لا حاجة إلى الإتحاد ، لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا فى الآخر ؛ ألا يرى أنه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز .

قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه، وموجبه صيرورته محتبسا بالدين ، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى ، فصار محبوسا بكل واحد منها ، وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبى حنيفة رحمه الله (فإن تهايا فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر ، والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته إذ الإستيفاء مما يتجزأ .

قال (فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا فى يد الآخر) لأن جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق ، وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن .

قال (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين فللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين) لأن قبض الرهن يحصل فى الكل من

غير شيوع (فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ، ولا وجه إلى القضاء لـكل واحد منهما بالـكل ، لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك فى حالة واحدة ، ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ، ولا إلى القضاء لـكل واحد منهما بالنصف ، لأنه يؤدى إلى الشيوع ، فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ، ولا يقال إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل فى كتاب الشهادات ، هذا وجه الاستحسان ، لأنا نقول : هذا عمل على خلاف مااقتضته الحجة ، لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله فى الإستيفاء ، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره فى الإستيفاء ، وليس هذا عملا على وفق الحجة ، وماذكرناه وإن كان قياسا لـكن محمدا رحمه الله أخذ به لقوته ، وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له .

قال (ولو مات الراهن والعبد فى أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف رحمه الله ، لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلى لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن ، وأنه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة ، وجه الاستحسان : أن العقد لا يراد لذاته ، وإنما يراد لحـكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشيوع يضره ، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لا يضره ، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة ، أو ادعت أختان النكاح على رجل ، وأقاموا البينة تهاترت فى حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام والله أعلم .

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز ، وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله فى بعض النسخ لأن يد العدل يد المـالك ، ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض . ولنا : أن يده على الصورة يد المـالك فى الحفظ إذ العين أمانة ، وفى حق المـالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المـالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لمـا قصداه من الرهن ، وإنما يرجع العـدل على المالك فى الاستحقاق ، لأنه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع .

قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وأمانته ، وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر (فلو هلك فى يده هلك فى ضمان المرتهن) لأن يده فى حق المالية يد المرتهن وهى المضمونة (ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن) لأنه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وأحدهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى (وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع إليه أو هلك فى يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا فى يده) لأنه يصير قاضيا ومقتضيا ، وبينهما تناف ، لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده أو عند غيره ، وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضى ليفعل كذلك ، ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن ، ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد (وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه) لأن العين لو كانت قائمة فى يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل .

قال (وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لأنه توكيل ببيع ماله (وإن شرطت فى عقد الرهن ، فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل) لأنها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، ولأنه تعلق به حق المرتهن وفى العزل إتواء حقه ، وصار كالوكيل بالخصومه بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه لما ذكرنا (وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل) لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره (وإن مات الراهن لم ينعزل) لأن الرهن لا يبطل بموته ، ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم .

قال (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة ، كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لأن العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث ، ولأن الموكل رضى برأيه لا برأى غيره ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أن وصى الوكيل يملك بيعه ، لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمضارب

إذا مات بعد ماصار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ماصار أعيانا .

قلنا : التوكيل حق لازم لكن عليه والإرث يجرى فيما له ، بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن) لأنه ملكه وما رضى ببيعه ، (وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن) لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع .

قال (فإن حلّ الأجل وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) للوجه الثانى : وهو أن فيه إتواء الحق ، بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه .

أما المدعى لايقدر على الدعوى والمرتهن لايملك بيعه بنفسه ، فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وإنما شرط بعده ، قيل لايجبر اعتبارا بالوجه الأول ، وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثانى وهذا أصح . وعن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الأصل .

(وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وإن لم يقبض بعد) لقيامه مقام ماكان مقبوضا . وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن ، لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم ، فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحما ودما .

قال (وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ، ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ، إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه ، وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما ، ففى الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب فى حقه ، وإن شاء ضمن العدل ، لأنه متعد فى حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه . وإذا ضمن العدل ، فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما

لحقه من العهدة ، ونفذ البيع وصح الاقتضاء ، فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ، لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له ، وإنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به ، فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء ، فيرجع المرتهن على الراهن بدينه ؛ وفى الوجه الثانى وهو أن يكون قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ؛ ثم العدل بالخيار : إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخليصه ؛ وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له ، وإن شاء رجع على المرتهن ، لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن ؛ ولو أن المشترى سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه فى البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل ، وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما فى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى ، بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه .

قال رضى الله عنه : هكذا ذكره الكرخى رحمه الله ، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع .

قال (وإن مات العبد المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ، إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن) لأن كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم أو بالقبض (فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين) لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء (وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن ، وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان . فإن قيل : لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء .

قلنا : هذا طعن أبي خازم القاضي رحمه الله ، والجواب عنه : أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن ، بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فى كفاية المنتهى والله أعلم بالصواب .

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره .

قال (وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ، وإن كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فإن أجاز المرتهن جاز) لأن التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل فى المحل (وإذا نفذ البيع باجازة المرتهن ، ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح) لأن حقه تعلق بالمالية ، والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل ، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا (وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه) لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك ، له أن يجيز ، وله أن يفسخ (وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه) لأنه لو ثبت حق الفسخ له ، إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا ، فإن شاء المشترى صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال ، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى وللقاضى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه وصار كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض فإنه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا .

(ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثانى موقوف أيضا على إجازته) لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى ، فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى (ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول) والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لأنه يتعلق

حقه ببدله فيصبح تعيينه لتعلق فائدته به إما لا حق له فى هذه العقود لأنه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لابدل العين وحقه فى مالية العين لافى المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق .

قال (ولو أعتق الرهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفى بعض أقوال الشافعى رحمه الله : لاينفذ إذا كان المعتق معسرا ، لأن فى تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع ، بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله ، لأنه لايبطل حقه معنى بالتضمين ، وبخلاف إعتاق المستأجر ، لأن الاجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها أما مالا يقبل الرهن فلايبقى . ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه ، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض ، أو أعتق الآبق أو المغصوب ، ولا خفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى ، وعارض الرهن لاينبئ عن زواله ، ثم إذا زال ملكه فى الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لايمنع الأدنى بالطريق الأولى وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم ، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين) لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلافائدة فيه (وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) لأن سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة ، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وإن كان معسرا سعى العبد فى قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان .

قال رضى الله عنه : وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر) لأنه قضى دينه ، وهو مضطر فيه بحكم الشرع ، فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى فى الاعتاق ، لأنه يؤدى ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه ، فصار كمعير الرهن ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والاعسار ، وفى العبد المرهون شرط الإعسار ، لأن

الثابت للمرتهن حق الملك ، وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا فى حالة واحدة إظهارا لنقصان رتبته ، بخلاف المشترى قبل القبض إذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لأن حق البائع فى الحبس[1] أضعف ، لأن البائع لا يملكه فى الآخرة ، ولا يستوفى من عينه ، وكذلك يبطل حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى ؛ والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز :

(ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا لزفر رحمه الله ، هو يعتبره باقراره بعد العتق ؛ ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح ؛ بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية .

قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالإتفاق) لأنه يصح بأدنى الحقين وهو ما للأب فى جارية الابن فيصح بالأعلى (وإذا صحا خرجا من الرهن) لبطلان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فإن كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق (وإن كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد فى جميع الدين) لأن كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق حيث يسعى فى الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة ؛ فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لأنهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه ، وهو مضطر على ما مر وقيل الدين إذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته قنا لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه ، فيتقدر بقدر العوض ، بخلاف ما إذا كان حالا لأنه يقضى به الدين ، ولو أعتق الراهن المدبر ، وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه من مال المولى .

قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لأنه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن فى يد المرتهن لقيامه مقام العين (فإن استهلكه أجنبى فالمرتهن هو الخصم

فى القيمة » فيأخذ القيمة وتكون رهنا فى يده) لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا فى استرداد ماقام مقامه ، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك ، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ، ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك .

(ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لأنه أتلف ملك الغير (وكانت رهنا فى يده حتى يحل الدين) لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه (وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لأنه جنس حقه (ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن) لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لأن ما انتقص كالهالك ، وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ، ووجب عليه الباقى بالا تلاف وهو قيمته يوم أتلف .

قال (وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فإن هلك فى يد الراهن هلك بغير شىء) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده) لأن عقد الرهن باق إلا فى حكم الضمان فى الحال .

ألا ترى أنه لوهلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن ، وإن لم يكن مضمونا بالهلاك وإذا بقى عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان) لأن لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبى إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ .

(ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية فلم يتعلق به حق لازم فافترقا .

(وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه .

(ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو أكثر فهو جائز) لأنه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا فى حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الإعارة لأن الجهالة فيها لا تفضى إلى المنازعة .

(ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لأن التقييد مفيد ، وهو ينفى الزيادة لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه ، وينفى النقصان أيضا ، لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد) لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض ، وتفاوت الأشخاص فى الأمانة والحفظ (فإذا خالف كان ضامنا ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه (وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه فى الإستحقاق (وإن وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمره به (وإن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر ، وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وإذا كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ، وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع) لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ، ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فأجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الأجنبى إذا قضى الدين) لأنه متبرع إذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله .

(ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ماافتكه فلا ضمان عليه) لأنه لايصير قاضيا بهذا وهو الموجب على مابينا (ولو اختلفا فى ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين (كما لو اختلفا فى مقدار ماأمره بالرهن به فالقول للمعير) لأن القول قوله فى إنكار أصله ، فكذا فى إنكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك فى يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله ، لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه .

(ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه (وإن شاء ضمن المعير قيمته) لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لأن استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما فإنه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الإستعارة بالفكاك ، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك . أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء.

قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لأنه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبدا يقوم مقامه .

قال (وجنايته المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه .

قال (وجنايته الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : جنايته على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال

أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه ، لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا ، حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ، ولهما فى الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية ، فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن ، وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله ، وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية ، لأنها حصلت فى ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة فى اعتبارها ، لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين ، فعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه يعتبر بقدر الأمانة ، لأن الفضل ليس فى ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع ، وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون ، وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبى .

قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بألف إلى أجل فنقص فى السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشىء) وأصله : أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله ، هو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين . ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر فى البيع حتى لا يثبت به الخيار ، ولا فى الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين ، لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء وإذا لم يسقط شىء من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الاتلاف فى ضمان الاتلاف ، لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية فى حق المستحق وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا ، حتى لا يزاد على دية الحر ، لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشىء ، لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء . أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدى إلى الربا

فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين فإذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك ،بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد لأنه لا يؤدى إلى الربا .

قال (وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لأنه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ، ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى وكذا هذا .

قال (وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله ، وقال زفر رحمه الله : يصير رهنا بمائة ، له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك إلا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ، ولأصحابنا على زفر رحمه الله أن العبد الثانى قائم مقام الأول لحما ودما ، ولو كان الأول قائما وانتقص السعر لا يسقط شىء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك إذا قام المدفوع مكانه ، ولمحمد رحمه الله فى الخيار : أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل فى يد الغاصب يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا ، ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الأول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله ، وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلى ، وأنه منسوخ بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع ، ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لأنه لا يملك التمليك .

قال (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشىء من الفداء) لأن الجناية حصلت فى ضمانه فكان عليه إصلاحها .

قال (ولو أبى المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية) لأن الملك فى الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه .

قال (فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء .

قال (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك .

قال (وكذلك إن فدى) لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء ، بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء فى الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن ، فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شىء من الدين كما لو هلك فى الابتداء ، وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما .

قال (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فإن أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد فديته على حاله كما فى الفداء وإن أبى قيل للراهن بعه فى الدين إلا أن يختار أن يؤدى عنه ، فإن أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا فى الفداء .

قال (وإن لم يؤدّ وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولىّ الجناية لتقدمه على حق المولى .

قال (فإن فضل شىء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لأن الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فأشبه الهلاك .

قال (وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ، ثم ان كان دين المرتهن قد حلّ أخذه به) لأنه من جنس حقه .

قال (وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل وإن كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ الثمن ، ولم يرجع بمابقى على أحد حتى يعتق العبد) لأن الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق .

قال (ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لأنه وجب عليه بفعله .

قال (وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه) لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء فى المضمون على المرتهن وفى الأمانة على الراهن ، فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لايجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بينا ، وإنما منه الرضا به .

قال (فان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أو مرتهنا) أما المرتّهن فلأنه ليس فى الفداء إبطال حق الراهن ، وفى الدفع الذى يختاره الراهن إبطال حق المرتّهن ، وكذا فى جناية ولد الرهن إذا قال المرتّهن : أنا أفدى له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع ، لأنه إذ لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن ، فكان له أن يفدى ، وأما الراهن فلأنه ليس للمرتّهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ؛

قال (ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن ، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا ، وهذا على ماروى عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين إن شاء الله تعالى .

قال (ولو أبى المرتهن أن يفدى وفداه الراهن ، فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه) لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين ، وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهنا بما بقى لأن الفداء فى نصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى .

قال (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع ، وإن كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله : المرتهن متطوع فى الوجهين ، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبى ،وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته ، فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبى ، فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا باصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا .

قال (وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الوصى قائم مقامه ، ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان اه ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا لوصيه .

قال (وإن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره ببيعه) لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر فى نصب الوصى ليؤدى ماعليه لغيره ويستوفى ماله من غيره .

قال (وإن كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه) لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمى فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقى .

قال (فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع وصول حقهم إليهم .

قال (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالإيفاء الحقيقى .

قال (ويبيع فى دينه) لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده :

قال (وإذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز) لأنه استيفاء وهو يملكه .
قال رضى الله عنه : وفى رهن الوصى تفصيلات نذكرها فى كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

فصـــل

قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ، ثم صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة) لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى إن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب .

قال (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لأن الرهن يتقرر بالهلاك ، فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود ، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه،ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع .

قال (ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسرى إليه .

قال (فإن هلك يهلك بغير شىء) لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لا يتناولها .

قال (وإن هلك الأصل وبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقى إلى وقته والتبع يقابله شىء إذا صار مقصودا كولد المبيع ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا ، وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل تخرج ، وقد ذكرنا بعضها فى كفاية المنتهى وتمامه فى الجامع والزيادات .

قال (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن : احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه فى شىء من ذلك) أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر .

قال (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أتلفه بإذن المالك .

قال (فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب وعلى قيمة الشاة ، فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن) لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله ، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقى بحصته ، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن فى أكله ، وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس .

قال (وتجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : ولا يصير الرهن رهنا بها ، وقال أبو يوسف رحمه الله : تجوز الزيادة فى الدين أيضا ، وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لا تجوز فيهما ، والخلاف معهما فى الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء ، وقد ذكرناه فى البيوع ولأبى يوسف رحمه الله فى الخلافية الأخرى أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان ، ولهما وهو القياس أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن ، وهو غير مشروع عندنا والزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ، ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفا وهذا شيوع فى الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين ، لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن ، وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد فى بدلى العقد ، بخلاف البيع لأن ثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الأول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا فى زيادة ثلث الدين ، وفى الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما فى وقتى الإعتبار ، وهذا لأن الضمان فى كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (وإذا ولدت المرهونة ولدا ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما فى الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم (ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها) لأن الزيادة دخلت على الأم .

قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا بألف ، ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول) لأن الأول إنما دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيا ، وإذا بقى الأول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لابدخولهما فإذا رد الأول دخل الثانى فى ضمانه ، ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثانى يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فإن الجياد أمانة فى يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ، ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين :

(ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شىء) استحسانا خلافا لزفر لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهة لسقوطه إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذ لم تبق له ولاية المنع (وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شىء فى هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كما فى الإبراء (ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين ، ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء) ووجه الفرق : أن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو فى نفسه فقائم فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثانى (وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لأنه استيفاء (وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لأنه فى معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب :

كتاب الجنايات

قال (القتل على خمسة أوجه : عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام .

قال (فالعمد ماتعمد ضربه بسلاح أو ماأجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار) لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى — ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم — الآية ، وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد إجماع الأمة .

قال (والقود) لقوله تعالى — كتب عَليكم القصاص فى القتلى — إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » أى موجبه ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك :

قال (إلا أن يعفوا الأولياء أو يصالحوا) لأن الحق لهم ثم هو واجب عينا ، وليس للولى أخذ الدية إلا برضا القاتل ، وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل ، لأنه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه ، وفى قول الواجب أحدهما لابعينه ، ويتعين باختياره ، لأن حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ، ولنا ماتلونا من الكتاب ، ورويتا من السنة ، ولأن المال لايصلح موجبا لعدم المماثلة ، والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الأحياء زجرا وجبرا فيتعين ، وفى الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ، ولايتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال ، فلا يتعين مدفعا للهلاك ، ولاكفارة فيه عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير فى العمد أمس منها إليه فى الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها . ولنا أنه كبيرة محضة وفى الكفارة معنى العبادة ، فلا تناط بمثلها ولأن الكفارة من المقادير وتعينها فى الشرع لدفع الأدنى لايعينها لدفع الأعلى ، ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام « لاميراث لقاتل » .

قال (وشبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ماأجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد ، وهو قول الشافعى رحمهم الله إذا ضربه بحجر

عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد ، وشبه العمد : أن يتعمد ضربه بما لايقتل به غالبا ، لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لايقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد، ولا يتقاصر باستعمال آلة لاتلبث لأنه لايقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود . وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل » ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، إذ لايمكن استعمالها على غرّة من المقصود قتله ، وبه يحصل القتل غالبا ، فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة .

قال (وموجب ذلك على القولين الإثم) لأنه قتل وهو قاصد فى الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطأ (والدية مغلظة على العاقلة) والأصل: أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لابمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطأ، وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى الله عنه وتجب مغلظة ، وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لأنه جزاء القتل ، والشبهة تؤثر فى سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ماأسلفناه .

قال (والخطأ على نوعين : خطأ فى القصد، وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمى أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم . وخطأ فى الفعل ، وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ، وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى — فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله — الآية ، وهى على عاقلته فى ثلاث سنين لما بيناه .

قال (ولا إثم فيه) يعنى فى الوجهين ، قالوا المراد إثم القتل ، فأما فى نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به ، بخلاف ماإذا تعمد الضرب موضعا من جسده فأخطأ فأصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه ، وجميع البدن كالمحل الواحد .

قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ فى الشرع . وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة) لأنه سبب التلف ، وهو متعد فيه فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعى رحمه الله : يلحق بالخطأ

وأحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ،ولنا أن القتل معلوم منه حقيقة فألحق به فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الأصل ، وهو إن كان يأثم بالحفر فى غير ملكه لايأثم بالموت على ماقالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لايختص إتلافه بآلة دون آلة ، والله أعلم .

باب مايوجب القصاص وما لايوجبه

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدا) أما العمدية فلما بيناه . وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفى شبهة الإباحة وتتحقق المساواة .

قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات . وقال الشافعى رحمه الله : لايقتل الحر بالعبد لقوله تعالى — الحر بالحر والعبد بالعبد — ومن ضرورة هذه المقابلة أن لايقتل حر بعبد ، ولأن مبنى القصاص على المساواة وهى منتفية بين المالك والمملوك ، ولهذا لايقطع طرف الحر بطرفه ، بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان ،وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان . ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة ، وهى بالدين أو بالدار : ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ماعداه .

قال (والمسلم بالذمى) خلافا للشافعى رحمه الله ، له قوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مؤمن بكافر » ولأنه لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام : قتل مسلما بذمى ، ولأن المساواة فى العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربى لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة .

قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب ، لأنه على قصد الرجوع (ولا يقتل الذمى بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للمساواة ولايقتل استحسانا لقيام المبيح (.ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون) للعمومات ، ولأن فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفانى .

قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه الصلاة والسلام « لايقاد الوالد بولده » وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله فى قوله : يقاد إذا ذبحه ذبحا ؛ ولأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ، ولهذا لايجوز له قتله وإن وجده فى صف الأعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه و الجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا فى هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أم بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط .

قال (ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لأنه لايستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لايقتل بعبد ملك بعضه ، لأن القصاص لا يتجزأ .

قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الأبوة . قال (ولايستوفى القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعى رحمه الله : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاقود إلا بالسيف » والمراد به السلاح ، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل مافعل فيحز فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم .

قال (وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لا أرى فى هذا قصاصا) لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حرا والملك إن مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعنى هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجتها منك لايحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ، ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم ، والحكم متحد واختلاف السبب لايفضى إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى) لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبدا والوارث إن مات حرا إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها (وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق فى البعض لاينفسخ بالعجز (وإذا قتل

عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لأن المرتهن لاملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه .

قال (وإذا قتل ولىّ المعتوه فلأبيه أن يقتل) لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وله أن يصالح) لأنه أنظر فى حق المعتوه وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه (وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك إلا أنه لايقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف ، فإنه لم يستثن إلا القتل ، وفى كتاب الصلح أن الوصى لايملك الصلح ، لأنه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ، ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال ، وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص ، لأن المقصود التشفى وهو مختص بالأب ولايملك العفو ، لأن الأب لايملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى ،وقالوا : القياس أن لايملك الوصى الاستيفاء فى الطرف كما لايملكه فى النفس ، لأن المقصود متحد وهو التشفى ، وفى الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ماعرف ، فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فى المال والصبى بمنزلة المعتوه فى هذا ، والقاضى بمنزلة الأب فى الصحيح ، ألا ترى أن من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه .

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لأن القصاص مشترك بينهم ولايمكن استيفاء البعض لعدم التجزى ، وفى استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولبين . وله أنه حق لايتجزأ لثبوته بسبب لايتجزأ وهو القرابة ، واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما فى ولاية الإنكاح بخلاف الكبيرين ، لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة .

قال (ومن ضرب رجلا بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به ، وإن أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضى الله عنه : وهذا إذا أصابه بحدّ الحديد لوجود الجرح فكمل

السبب ، وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للآلة وهو الحديد ، وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان ، وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لايهدر الدم ، ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل ، وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله على مانبين ، وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة ، له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب . ولنا مارويناه « ألا إن قتيل خطأ العمد» ويروى «شبه العمد» الحديث ، ولأن فيه شبهة عدم العمدية ، لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية .

قال (ومن غرق صبيا أو بالغا في البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير أن عندهما يستوفي حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل ، لهم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه » ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية ولامراء في العصمة ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا » وفيه « وفي كل خطأ أرش » ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ، ولأن القصاص ينبىء عن المماثلة ومنه يقال : اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين ولاتماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر ، وكذا لايتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر ، ومارواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة .

قال (ومن جرح رجل عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه .

قال (وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لأن هذا أحد نوعي الخطأ على مابيناه والخطأ بنوعيه لايوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به نص الكتاب ، ولما اختلفت سيوف

المسلمين على اليمانى أبى حذيفة رضى الله عنه قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية .
قالوا : إنما تجب الدية إذا كانوا مختاطين فإن كان فى صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم . قال عليه الصلاة والسلام « من كثر سواد قوم فهو منهم » .

قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبى ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة حتى يأثم عليه ، وفى النوادر أن عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه ، وعند أبى يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه ، وفى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه فى كتاب التنجيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنساً آخر ، وفعل الأجنبى معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية ، والله أعلم بالصواب .

فصـــل

قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه) لقوله عليه الصلاة والسلام « من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه » ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ، ولأنه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله : فعليهم ، وقول محمد رحمه الله فى الجامع الصغير . فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب ، والمعنى : وجوب دفع الضرر وفى سرقة الجامع الصغير ، ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شىء عليه لما بينا ، وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل ، والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا . قالوا : فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما .

قال (وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله) وقال الشافعى رحمه الله : لا شىء عليه ، وعلى هذا الخلاف الصبى والدابة ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبى والمجنون ، للشافعى رحمه

الله أنه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ، ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره ، ولأبى يوسف رحمه الله : أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان . أما فعلهما فمعتبر فى الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان ، وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة . ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا ، وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ، ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا ، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية .

قال (ومن شهر على غيره سلاحا فى المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته .

قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شىء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون ماله » ولأنه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء ، وتأويل المسئلة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم .

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع يده غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ ، وهو ينبىء عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ، ومالا فلا ، وقد أمكن فى القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها ، لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك ، وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة . قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع المماثلة فى القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال فى الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها ، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم .

قال (وفى السن القصاص) لقوله تعالى ـ والسن بالسن ـ (وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر .

قال (وفى كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلوناه .

قال (ولا قصاص فى عظم إلا فى السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود

رضى الله عنهما ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا قصاص فى العظم » والمراد غير السن ، ولأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان .

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) لأن شبه العمد يعود إلى الآلة والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون مادون النفس لأنه لايختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعى رحمه الله فى جميع ذلك إلا فى الحر يقطع طرف العبد ، ويعتبر الأطراف بالأنفس لـكونها تابعة لها . ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة ، وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لأنه لاضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص فى الأطراف بين المسلم والـكافر) للتساوى بينهما فى الأرش .

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لأنه لايمـكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه ، وكذا البرء نادر ، فيفضى الثانى إلى الهلاك ظاهرا .

قال (وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولاشىء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملا) لأن استيفاء الحق كلا متعذر ، فله أن يتجوّز بدون حقه ، وله أن يعدل إلى العوض كالمثلى إذا انصرم عن أيدى الناس بعد الإتلاف ، ثم إذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط حقه كما إذا رضى بالردىء مكان الجيد (ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما فلا شىء له) عندنا لأن حقه متعين فى القصاص ، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى .

قال (ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهى لاتستوعب ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار ، إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أى الجانبين شاء وإن شاء أخذ الأرش) لأن الشجة موجبة لـكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفى استيفائه

مابين قرنى الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما فى الشلاء والصحيحة ، وفى عكسه يخير أيضا ، لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى إلى غير حقه وكذا إذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى تأخذ من جبهته إلى قفاه ولاتبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لايختلف .

قال (ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (إلا أن تقطع الحشفة) لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر ، فلا قصاص فيه لأن البعض لايعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لاينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة ، والشفة إذا استقصاها بالقلع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة ، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها .

فصـــل

قال (وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى — فمن عفى له من أخيه شىء — الآية على ماقيل نزلت الآية فى الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام « من قتل له قتيل » الحديث ، والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على مابيناه وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفوا ، فكذا تعويضا لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقليل والكثير فيه سواء ، لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد ، والأصل فى أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لأنها ماوجبت بالعقد .

قال (وإن كان القاتل حرا أو عبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر ومولى العبد نصفان) لأن عقد الصلح أضيف إليهما (وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعى رحمهما الله فى الزوجين . لهما أن الوراثة خلافة وهى

بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت . ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ، ولأنه حق يجرى فيه الإرث حتى أن من قتل ، وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة ، والزوجية تبقى بعد الموت حكما فى حق الإرث ، أو يثبت بعد الموت مستندا إلى سببه وهو الجرح ، وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه ، لأنه لايتجزأ بخلاف ماإذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين ، لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما ، وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا ، لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل ، وليس للعافى شىء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث سنين . وقال زفر رحمه الله : يجب فى سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ . ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب فى اليد كل بدل الطرف وهو فى سنتين فى الشرع ويجب فى ماله لأنه عمد .

قال (وإذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم) لقول عمر رضى الله عنه فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ، ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الأحياء (وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ، ولا شىء لهم غير ذلك فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين) وقال الشافعى رحمه الله : يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال . وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم ، وقيل : يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته ، له أن الموجود من الواحد قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس فى الفصل الأول إلا أنه عرف بالشرع . ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لايتجزأ ، ولأن القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الإحياء ، وقد حصل بقتله فاكتفى به .

قال (ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجانى ويتأتى فيه خلاف الشافعى رحمه الله إذ الواجب أحدهما عنده .

قال (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي رحمه الله : تقطع يداهما والمفروض إذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت : له الاعتبار بالأنفس والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر . ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس ، لأن الانزهاق لايتجزأ ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث .

قال (وعليهما نصف الدية) لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها (وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ، ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب : يقطع بالأول وفي القران : يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لاتفي بالحقين فترجح بالقرعة . ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق . فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك بالفعل يثبت مع المنافي ، فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء . أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل فصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما ، وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية ، لأن للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقا مستحقا .

قال (وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر رحمه الله لايصح إقراره ، لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقر بالمال . ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لايصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص ، وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى اخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته) لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الأثر .

فصــل

قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا) والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ماأمكن تتميما للأول لأن القتل فى الأعم يقع بضربات متعاقبة ، وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج ، إلا أن لايمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه،وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الأولين لاختلاف حكم الفعلين وفى الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة (وإن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فإن شاء الإمام قال : اقطعوه ثم اقتلوه وإن شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله،وقالا : يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين ، وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ، وله أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين هذين الفعلين ، لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع ، وهو متعذر أو لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء ، بخلاف ماإذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهى بدل النفس من غير اعتبار المساواة ، ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء فى حالة واحدة ولا يجتمعان . أما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان .

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لأنه لما برأ منها لاتبقى معتبرة فى حق الأرش ، وإن بقيت معتبرة فى حق التعزير فبقى الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبى حنيفة رحمه الله ، وعن أبى يوسف رحمه الله فى مثله حكومة عدل ، وعن محمد رحمه الله أنه تجب أجرة الطبيب (وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقى له أثر تجب حكومة العدل) لبقاء الأثر ، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر فى النفس .

قال (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ، ثم مات من ذلك فعلى القاطع

الدية فى ماله وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ، ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا : إذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا ، وعلى هـذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ، ثم سرى إلى النفس ومات ، لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى ، فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان ، ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه ، وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا ، وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه ، لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه ، وكان ينبغى أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد ، إلا أن فى الاستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود ، ولا نسلم أن السارى نوع من القطع ، وأن السراية صفة له بل السارى قتل من الابتداء ، وكذا لاموجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس ، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح فى العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمدا فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه . أما الخطأ فوجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث .

قال (وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ وإن كان عمدا فنى مالها) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لايكون تزوجا على مايحدث منه ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال ، فلا يصلح مهرا لاسيا على تقدير السقوط ، فيجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على مانبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص فى الطرف فى هذه الصورة ، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو ، فتجب الدية وتجب فى مالها لأنه عمد والقياس أن يجب القصاص على مابيناه ، وإذا وجب لها مهر المثل ، وعليها الدية

تقع المقاصة إن كانا على السواء ، وإن كانا فى الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان فى المهر فضل ترده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لاأرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على مافى اليد ولا شىء فيها ، ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة فى الخطأ والمهر لها .

قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لأن هـذا تزوج على القصاص وهو لايصلح مهرا فيجب مهر المثل على مابيناه وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شىء له عليها لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلا (وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ماترك وصية) لأن هذا تزوج على الدية وهى تصلح مهرا لأنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال ، لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ، ولا يصح فى حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة ؛ لأنهم يتحملون عنها فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت تخرج من الثلث تسقط وإن لم تخرج يسقط ثلثه . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما فى الفصلين .

قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن له القود إذا استوفى طرف من عليه القود ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه يسقط حقه فى القصاص لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ، ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به .

قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لاشىء عليه) لأنه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها ، ولهذا لو لم يعف لا يضمنه ،

وكذا إذا سرى وما برأ أو ماعفا وما سرى أو قطع ، ثم حزّ رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذا كان له قصاص فى الطرف ، فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع ، وله أنه استوفى غير حقه لأن حقه فى القتل وهذا قطع وإبانة ، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعا وإذا سقط وجب المال ، وإنما لا يجب فى الحال ، لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه ، وملك القصاص فى النفس ضرورى لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء وأما إذا لم يعف وما سرى . قلنا : إنما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ، ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح ، والأصابع وإن كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه .

قال (ومن له القصاص فى الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا لا يضمن) لأنه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد ، وله أنه قتل بغير حق ، لأن حقه فى القطع وهذا وقع قتلا ، ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة فى مجرى العادة وهو مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل ، لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقليدا كالإمام أو عقدا كما فى غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمى إلى الحربى ، وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الاطلاق فأشبه الاصطياد ، والله أعلم بالصواب .

باب الشهادة فى القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ، ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة) عند أبى حنيفة ، وقالا : لا يعيد (وإن كان خطأ لم يعدها بالإجماع) وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر ، لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين ، وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية

ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت ، فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين ، وله أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة ، ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك فى الأموال كما إذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فإنه يملكه ، وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لاينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته إلا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه .

قال (فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لأنهما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا (فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) معناه إذا صدقهما وحده ، لأنه لما صدقهما ، فقد أقر بثلثى الدية لهما فصح إقراره ، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه ، وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية) ومعناه إذا كذبهما القاتل أيضا . وهذا لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لأن دعواهما العفو عليه ، وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه ، لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك .

قال (وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا) لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفى ذلك القصاص على ما بيناه ، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه ، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح .

قال (وإذا اختلف شاهدا القتل فى الأيام أو فى البلد أو فى الذى كان به القتل فهو باطل) لأن القتل لايعاد ولايكرر والقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى زمان أو مكان آخر ، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثانى عمد والأول شبه العمد ، ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا إذا قال أحدهما : قتله بعصا وقال الآخر لا أدرى بأى شيء قتله فهو باطل) لأن المطلق يغاير المقيد :

قال (وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندرى بأى شىء قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لاتقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به ، وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ، فيجب أقل موجبيه وهو الدية ، ولأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه وأولوا كذبهم فى نفى العلم بظاهر ما ورد باطلاقه فى إصلاح ذات البين ، وهذا فى معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية فى ماله لأن الأصل فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة .

قال (وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولى قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولى قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب فى الأولى من المقر له وفى الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر فى بعض ما أقر به لا يبطل إقراره فى الباقى ، وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ماشهد به يبطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول . أما فسق المقر فلا يمنع صحة الإقرار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

باب فى اعتبار حالة القتل

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا لا شىء عليه) لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه ، فيكونه مبرئا للرامى عن موجبه . كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت ، وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى ، إذ لا فعل منه بعده ، فتعتبر حالة الرمى والمرمى إليه فيها متقوم ، ولهذا تعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لايحرم بردة الرامى بعد الرمى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وإن كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية (ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شىء عليه فى قولهم جميعا ، وكذا إذا رمى حربيا فأسلم) لأن الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك .

قال (وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبى حنيفة

رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى ، وقول أبى يوسف رحمه الله مع قول أبى حنيفة رحمه الله ، له أن العتق قاطع للسراية ، وإذا انقطعت بقى مجرد الرمى ، وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ماقبل الرمى فيجب ذلك ، ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى ، لأن فعله الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شىء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية .

أما الرمى قبل الإصابة ليس بإتلاف شىء منه لأنه لا أثر له فى المحل وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى ، وزفر رحمه الله وإن كان يخالفنا فى وجوب القيمة نظرا إلى حالة الإصابة ، فالحجة عليه ما حققناه .

قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شىء على الرامى) لأن المعتبر حالة الرمى ، وهو مباح الدم فيها (وإذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل ، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل) لأن المعتبر حال الرمى فى حق الحل والحرمة ، إذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الأهلية وإنسلابها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء ، وإن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شىء عليه) لأن الضمان إنما يجب بالتعدى ، وهو رميه فى حالة الإحرام ، وفى الأول هو محرم وقت الرمى ، وفى الثانى حلال فلهذا افترقا ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الديات

قال (وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه أول الجنايات .

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى — فتحرير رقبة مؤمنة — الآية (فإن لم لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزىء فيه الإطعام) لأنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف ، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لأنه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزىء ما فى البطن) لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته .

قال (وهو الكفارة فى الخطأ) لما تلوناه (وديته عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مائة من الإبل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعى رحمهما الله : أثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها فى بطونها أولادها » . وعن عمر رضى الله عنه : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولأن دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا ، ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « فى نفس المؤمن مائة من الإبل » وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى صفة التغليظ وابن مسعود رضى الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به .

قال (ولا يثبت التغليظ إلا فى الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه ، فإن قضى بالدية فى غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا .

قال (وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل .

قال (والدية فى الخطأ مائة من الإبل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه ، وإنما أخذنا نحن والشافعى به لروايته ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى قتيل

قتل خطأ أخماسا على نحو ماقال ، ولأن ماقلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطىء معذور غير أن عند الشافعي رحمه الله يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه مارويناه .

قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي رحمه الله : من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به ، ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم ، وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة ، وقد كانت كذلك .

قال (ولا تثبت الدية إلا منَ هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لأن عمر رضى الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها ، وله أن التقدير إنما يستقيم بشىء معلوم المالية ؛ وهذه الأشياء مجهولة المالية ، ولهذا لا يقدر بها ضمان ، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها فى غيرها ، وذكر فى المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو مائتى بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ، ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل هو قولهما خاصة .

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على رضى الله عنه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال الشافعي رحمه الله : ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضى الله عنه والحجة عليه ما رويناه لعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل ، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف فى النفس ، فكذا فى أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه .

قال (ودية المسلم والذمى سواء) وقال الشافعي رحمه الله : دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم ، وقال مالك رحمه الله : دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام «عقل الكافر نصف عقل المسلم» والكل عنده اثنا عشر ألفا ، وللشافعي رحمه الله ما روى : أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية النصرانى واليهودى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار » وكذلك قضى أبو بكر

وعمر رضى الله عنهما ، وما رواه الشافعى رحمه الله : لم يعرف راويه ولم يذكر فى كتب الحديث ، وما رويناه أشهر مما رواه مالك رحمه الله ، فإنه ظهر به عمل الصحابة رضى الله عنهم والله أعلم .

فصل فيما دون النفس

قال (وفى النفس الدية) وقد ذكرناه .

قال (وفى المارن الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية) والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فى النفس الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى المارن الدية » وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضى الله عنه والأصل فى الأطراف أنه إذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى ، وأصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف ، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة ؛

فنقول : فى الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد ، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق ، وكذا فى قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ، ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ، قيل تقسم على عدد الحروف ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان ، فبقدر ما لا يقدر تجب ، وقيل : إن قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل ، لحصول الإفهام مع الاختلاف ، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء ، والإيلاد ، واستمساك البول ، والرمى به ، ودفق الماء ، والإيلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة ، وكذا فى الحشفة الدية كاملة لأن الحشفة أصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له .

قال (وفى العقل إذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه فى معاشه ومعاده .

قال (وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أوذوقه) لأن كل واحد منها منفعة مقصودة

وقد روى أن عمر رضى الله عنه : قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر .

قال (وفى اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية) لأنه يفوت به منفعة الجمال .

قال (وفى شعر الرأس الدية) لما قلنا ، وقال مالك وهو قول الشافعى رحمه الله تجب فيهما حكومة عدل لأن ذلك زيادة فى الآدمى ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها فى بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب فى شعر العبد نقصان القيمة : ولنا أن اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما فى الأذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لايتعلق به جمال ، وأما لحية العبد فعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه يجب فيها كمال القيمة ، والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر .

قال (وفى الشارب حكومة عدل هو الأصح) لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها.

قال (ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شىء فى حلقه)لأن وجوده يشينه ولا يزينه (وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لأن فيه بعض الجمال (وإن كان متصلا ففيه كمال الدية) لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لايجب شىء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لايحل ، وإن نبتت بيضاء فعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لايجب شىء فى الحر لأنه يزيده جمالا ، وفى العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لأنه فى غير أوانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفى الحاجبين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعى رحمهما الله : تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه فى اللحية .

قال (وفى العينين الدية ، وفى اليدين الدية ، وفى الرجلين الدية ، وفى الشفتين الدية ، وفى الأذنين الدية ، وفى الأنثيين الدية) كذا روى فى حديث سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام .

قال (وفى كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبى عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم : وفى العينين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية ولأن فى تفويت

الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية ، وفى تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية .

قال (وفى ثديى المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفى إحداهما نصف دية المرأة) لما بينا بخلاف ثديى الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفى حلمتى المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن (وفى إحداهما نصفها) لما بيناه .

قال (وفى أشفار العينين الدية ، وفى إحداها ربع الدية) قال رضى الله عنه يحتمل أن مراده الأهداب مجازا كما ذكره محمد رحمه الله فى الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهى حقيقة فى البعير ، وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال ، وجنس المنفعة وهى منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب ، وإذا كان الواجب فى الكل كل الدية ، وهى أربعة كان فى أحدها ربع الدية ، وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة) لأن الكل كشىء واحد وصار كالمارن مع القصبة .

قال (وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام « فى كل أصبع عشر من الإبل » ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشر فتنقسم الدية عليها .

قال (والأصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولأنها سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين ، لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشى فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا .

قال (وفى كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففى أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الأصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع .

قال (وفى كل سن خمس من الإبل) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه ، وفى كل سن خمس من الإبل والأسنان والأضراس كلها سواء لاطلاق ما روينا ، ولما روى فى بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها فى أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدى والأصابع ، وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمدا ففيه القصاص وقد مر فى الجنايات .

قال (ومن ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت ، والعين إذا ذهب

شيوزها) لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكـذا لو أحدبه) لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لاشيء عليه) لزوالها لاعن أثر .

فصل فى الشجاج

قال (الشجاج عشرة : الحارصة) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولاتخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم (والباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) وهى التى تصل إلى السمحاق ، وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهى التى تهشم العظم أى تكسره (والمنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله (والآمة) وهى تصل إلى أم الرأس وهو الذى فيه الدماغ .

قال (فى الموضحة القصاص إن كانت عمدا) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فى الموضحة ، ولأنه يمكن أن ينتهى السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص . قال (ولا قصاص فى بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لاحد ينتهى السكين إليه ، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولاقصاص فيه وهذه رواية عن أبى حنيفة رحمة الله . وقال محمد رحمه الله فى الأصل وهو ظاهر الرواية : يجب القصاص فيما قبل الموضحة ، لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس فيه كسر العظم ولاخوف هلاك غالبا فيسبر غورها بمسبار ، ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص .

قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل ، وهو مأثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز رحمهم الله .

قال (وفى الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفى الهاشمة عشر الدية ، وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدّية ، وفى الآمة ثلث الدية ، وفى الجائفة ثلث الدية ، فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « وفى الموضحة خمس من الإبل ، وفى الهاشمة عشر ،

وفى المنقلة خمسة عشر ، وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية ، وقال عليه الصلاة والسلام« فى الجائفة ثلث الدية » وعن أبى بكر رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية ، ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن ، والأخرى من جانب الظهر ، وفى كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية .

وعن محمد رحمه الله : أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة ، وقال : هى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بداء مروى عن أبى يوسف رحمه الله ، وهذا اختلاف عبارة لايعود إلى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة ، وهى التى تصل إلى الدماغ وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة ، وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح ، حتى لو تحققت فى غيرهما نحو الساق واليد لايكون لها أرش مقدر وإنما تجب حكومة العدل ، لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بهما ، ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب ، وهو العضوان هذان لاسواهما .

وأما اللحيان فقد قيل : ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله ، حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر ، وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا ، وقالوا : الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ماقاله الطحاوى رحمه الله أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربع عشر فربع عشر ، وقال الكرخى رحمه الله ينظركم مقدار هذه الشجة من الموضحة ، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن مالا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه والله أعلم .

فصـــل

قال (وفى أصابع اليد نصف الدية) لأن فى كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان فى الخمس نصف الدية ، ولأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهوالموجب على مامر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام « وفى اليدين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية » ولأن الكف تبع الأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففى الأصابع والكف نصف الدية ،وفى الزيادةحكومة عدل) وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله ، وعنه أن مازاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ ، لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ، ولهما أن اليد آ لة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ، ولأنه لاوجه إلى أن يكون تبعا للأصابع لأن بينهما عضوا كاملا ولا إلى أن يكون تبعا للكف لأنه تابع ولا تبع للتبع .

قال (وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان أصبعين فالخمس ولا شيء فى الكف) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل فى الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ولا إلى إهدار أحدهما ، لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة ، وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقةوشرعا لأن البطش يقوم بها وأوجب الشرع فى أصبع واحدة عشرا من الإبل ,والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولوكان فى الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء فى الكف بالاجماع) لأن الأصابع أصول فى التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذاكانت الأصابع قائمة بأسرها .

قال (وفى الأصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمى لأنه جزء من يده ولكن لامنفعة فيه ولازينة (وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفى عين الصبى وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعى رحمه الله : تجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن . ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإذا لم تعلم

صحتها لايجب الأرش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن ، والأذن الشاخصة لأن المقصود هو الجمال ، وقد فوته على الكمال (وكذالو استهل الصبى) لأنه ليس بكلام ، وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام ، وفى الذكر بالحركة ، وفى العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ فى العمد والخطأ .

قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة فى الدية) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، فصار كما إذا أو ضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر ، حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر ، وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده وقال زفر : لا يدخل لأن كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ماذكرناه .

قال (وإن ذهب سمعه وبصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا : هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وعن أبى يوسف رحمه الله أن الشجة تدخل فى دية السمع والكلام ، ولا تدخل فى دية البصر ، وجه الأول أن كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على مابينا ، ووجه الثانى : أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل ، والبصر ظاهر فلا يلحق به .

قال (وفى الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلاقصاص فى ذلك) عند أبى حنيفة رحمه الله ، قالوا وينبغى أن تجب الدية فيهما (وقالا : فى الموضحة القصاص) قالوا وينبغى أن تجب الدية فى العينين .

قال (وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل مابقى من الأصبع أو اليد كلها لاقصاص عليه فى شىء من ذلك) وينبغى أن تجب الدية فى المفصل الأعلى وفيما بقى حكومة عدل (وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقى) ولم يحك خلافا وينبغى أن تجب الدية فى السن كله (ولو قال : اقطع المفصل واترك ما ييس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقى لم يكن له ذلك) لأن الفعل فى نفسه ماوقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة ، لهما فى الخلافية أن الفعل فى محلين فيكون

جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة فى إحداهما لاتتعدى إلى الأخرى ، كمن رمى إلى رجل عمدا ، فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود فى الأول والدية فى الثانى وله أن الجراحة الأولى سارية ، والجزاء بالمثل وليس فى وسعه السارى ، فيجب المال ، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة ، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ فى البداية ، بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه ، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلا مقصودا .

قال (وإن قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص فى شىء من ذلك) عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا هما وزفر والحسن رحمهم الله : يقتص من الأولى وفى الثانية أرشها ، والوجه من الجانبين قد ذكرناه ، وروى ابن سماعة عن محمد فى المسئلة الأولى ، وهو ماإذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما فى النفس ، والبصر يجرى فيه القصاص بخلاف الخلافية الأخيرة ، لأن الشلل لاقصاص فيه فصار الأصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية أن سراية مايجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلما ، ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها ولا قود فى التسبيب ، بخلاف السراية إلى النفس لأنه لاتبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة .

قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) إلا على رواية ابن سماعة رحمه الله (ولو أوضحه موضحتين فتأكلتا فهو على الروايتين) هاتين .

قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : عليه الأرش كاملا) لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى ، وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبى فنبتت لايجب الأرش بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولازينة (وعن أبى يوسف رحمه الله أنه تجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله) لأن هذا مما لايعتد به إذ العروق لاتعود (وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت) لأنها لاتعود إلى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم) لأنه تبين أنه

استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأنى حولا بالإجماع ، وكان ينبغى أن ينتظر اليأس فى ذلك للقصاص إلا أن فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهرا فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لايجب القصاص للشبهة فيجب المال .

قال (ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجله القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا ، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لاتورث المنقلة أما التحريك فيؤثر فى السقوط فافترقا (وإن اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذى وقته القاضى لظهور الأثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لاشىء على الضارب) وعن أبى يوسف : أنه تجب حكومة الألم وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله ولا يجب القصاص) لأنه لايمكنه أن يضربه ضربا تسود منه (وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقى) لاقصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر أو اخضر) ولو اصفر فيه روايتان .

قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش) عند أبى حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل لأن الشين إن زال فالألم الحاصل مازال فيجب تقويمه ، وقال محمد : عليه أجرة الطبيب لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول : إن المنافع على أصلنا لاتتقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد فى حق الجانى فلا يغرم شيئا .

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب) معناه إذا بقى أثر الضرب فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى فى الشجة الملتحمة .

قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط أرش اليد)

لأن الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وأنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كأنه قتله ابتداء .

قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله : يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « يستأنى فى الجراحات سنة » ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحالها لأن حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء .

قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل ، وكل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا » الحديث وهذا عمد غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء ، فأشبه شبه العمد والثانى يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن فى البيع .

قال (وإذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) وقال الشافعى رحمه الله: تجب حالة لأن الأصل أن مايجب بالإتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف فى الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولأن المال وجب جبرا لحقه وحقه فى نفسه حالّ فلا ينجبر بالمؤجل ، ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لأن القياس يأبى تقوّم الآدمى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع ، وقد ورد به مؤجلا لامعجلا فلا يعدل عنه لاسيما إلى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لايجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها الجانى فهى فى ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ولأن الإقرار لايتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر فى حق العاقلة .

قال (وعمد الصبى والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعى رحمه الله : عمده عمد حتى تجب الدية فى ماله حالة ، لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب فى ماله ، ولهذا تجب الكفارة به ويحرم من الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل . ولنا ماروى عن على رضى الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال عمده وخطؤه سواء ولأن الصبى مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى وهو أعذر أولى بهذا التخفيف .

ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبى قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولاذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم والله أعلم .

فصل فى الجنين

قال (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتاً ففيه غرة وهى نصف عشر الدية) قال رضى الله عنه : معناه دية الرجل وهـــذا فى الذكر وفى الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لايجب شئ ، لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لايصلح حجة للاستحقاق ، وجه الاستحسان : ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالأثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعى (وهى على العاقلة) عندنا إذا كانت خمسمائة درهم ، وقال مالك فى ماله لأنه بدل الجزء . ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال : « دوه وقالوا أندى من لاصاح ولا استهل » الحديث إلا أن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة (وتجب فى سنة) وقال الشافعى رحمه الله : فى ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته . ولنا ماروى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال : بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعله على العاقلة فى سنة ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول فى حق التوريث ، وبالثانى فى حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين (ويستوى فيه الذكر والأنثى) لاطلاق مارويناولأن فى الحيين ، إنما ظهر التفاوت لتفاوت معانى الآدمية ، ولاتفاوت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فإن ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لأنه أتلف حياً بالضرب السابق (وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها) وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى هذا بالدية والغرة (وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية فى الأم ودية فى الجنين) لأنه قاتل شخصين (وإن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية فى الأم ولاشىء فى الجنين) وقال الشافعى رحمه الله :

يجب الغرة فى الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهى حية . ولنا أن موت الأم أحد سببى موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك .

قال (وما يجب فى الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولاميراث للقاتل .

قال (وفى جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعى رحمه الله فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل . ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لايجب إلا عند ظهور النقصان ولامعتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها ، وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم وهذا لأن الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده على مانذكر إن شاء الله تعالى ، فصح الاعتبار على أصله .

قال (فإن ضربت فأعتق المولى مافى بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ولاتجب الدية وإن مات بعد العتق) لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان فى حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً لأنه بالضرب صار قاتلا إياه وهو حى ، فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف ، وقيل هذا عندهما ، وعند محمد رحمه الله تجب قيمته مابين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الاعتاق قاطع للسراية على مايأتيك بعد إن شاء الله تعالى .

قال (ولا كفارة فى الجنين) وعند الشافعى رحمه الله : تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت فى النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ، ويستغفر مما صنع (والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الأحكام) لاطلاق مارويناه ، ولأنه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم .

باب مايحدث الرجل فى الطريق

قال (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حقّ بالمرور بنفسه وبدوابه ، فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا فى الحق المشترك .

قال (ويسع للذى عمله أن ينتفع به ما لم يضرّ بالمسلمين) لأن له حقّ المرور ولاضرر فيه فيلحق مافى معناه به إذ المانع متعنت فإذا أضرّ بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « لاضرر ولا ضرار فى الإسلام » .

قال (وليس لأحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ أن يشرع كنيفا ولاميزابا إلاباذنهم) لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضرّ بهم أو لم يضرّ إلا باذنهم وفى الطريق النافذ له التصرف ، إلا إذا أضرّ لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما .

قال (وإذا أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته) لأنه مسبب لتلفه متعدّ بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل ، وكذلك إذا سقط شىء مما ذكرنا فى أول الباب (وكذلك إذا تعثر بنقضه إنسان أوعطبت به دابة وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذى أحدثه فيهما) لأنه يصير كالدافع إياه عليه (. وإن سقط الميزاب نظر فإن أصاب ماكان منه فى الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدّ فيه لما أنه وضعه فى ملكه (وإن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذى وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة ، لأنه يمكنه أن يركبه فى الحائط ولا كفارة عليـــه ، ولا يحرم من الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة .

(ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أىّ طرف أصابه يضمن النصف) اعتبارا للأحوال .

(ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار ، فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع

خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع) لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع فى الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه) لأنه متعدّ فيه .

(ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لم يضمنه) لنسخ الريح فعله . وقيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته ، وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته .

(ولو استأجر رب الدار العملة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لأن التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما إلى رب الدار) وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم إليه فاقتصر عليهم (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا) لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا إذا صب الماء فى الطريق فعطب به إنسان أو دابة وكذا إذا رش الماء أو توضأ) لأنه متعدّ فيه بالحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما إذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة قالوا هذا إذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن .

(ولو تعمد المرور فى موضع صبّ الماء فسقط لا يضمن الراشّ) لأنه صاحب علة وقيل : هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعا للمرور لا أثر للماء فيه فإذا تعمد المرور على موضع صبّ الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر فى المرور ، وكذلك الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق فى أخذها جميعه أو بعضه .

(ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا وإذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ، ولو كان أمره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الأجير) لفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا فى طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك إنسان فديته على

عاقلته وإن تلفت به بهيمة فضمانها فى ماله) لأنه متعدّ فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة فى ماله ، وإلقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث شيئا فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامنا لتعديه بشغله .

(ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذى نحاه) لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وإنما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر .

(وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لأنه غير متعدّ حيث فعل مافعل بأمر من له الولاية فى حقوق العامة (وإن كان بغير أمره فهو متعدّ) إما بالتصرف فى حق غيره أو بالافتيات على رأى الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة ، وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع مافعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لايختلف (وكذا إن حفره فى ملكه لايضمن) لأنه غير متعدّ (وكذا إذا حفره فى فناء داره) لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه ، وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدّ ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان فى سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدّ وهذا صحيح .

(ولو حفر فى الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لاضمان على الحافر) عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه مات لمعنى فى نفسه فلا يضاف إلى الحفر ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف رحمه الله : إن مات جوعا فكذلك ، وإن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبئر . وقال محمد : هو ضامن فى الوجوه كلها لأنه إنما حدث بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه .

قال (وإن استأجر أجراء فحفروها له فى غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شىء على الأجراء إن لم يعلموا أنها فى غير فنائه) لأن الإجارة صحت ظاهرا إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر ، لأن الذابح مباشر والآمر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ، ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب ، والأجير غير متعدّ والمستأجر متعد فيرجح جانبه (وإن

علموا ذلك فالضمان على الأجراء) لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا غرور فبقي الفعل مضافا إليهم (وإن قال لهم هذا فنائي. وليس لي فيه حق الحفر فحفروه فمات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياسا) لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ماذكرنا فكفي ذلك لنقل الفعل إليه .

قال (ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة ، وكذلك إن وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها) لأن الأول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى . ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي .

قال (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان، وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين : والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا . وعن محمد رحمه الله أنه إذا لبس ما لايلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لاتدعو إلى لبسه .

قال (وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بواري أوحصاة فعطب به رجل لم يضمن ، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالا : لايضمن في الوجهين جميعا ، لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد ، ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام، واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة ، وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة ، وقصد القربة لاينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله .

قال (وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة وإن

كان فى غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله : وقالا : لايضمن على كل حال ، ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو نام فى غير الصلاة أو مرّ فيه مارّ أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف .

وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لايضمن بالاتفاق . لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضروروات الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة فى الصلاة حكما بالحديث ، فلا يضمن كما إذا كان فى الصلاة : وله أن المسجد إنما بنى للصلاة ، وهذه الأشياء ملحقة بها فلابد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ، ولاغرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى إلى الكافر أو إلى الصيد ، والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره .

(وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان ينبغى أن لايضمن) لأن المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلى فيه وحده ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فى الحائط المائل

قال (وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ماتلف به من نفس أو مال) والقياس أن لايضمن لأنه لاصنع منه مباشرة ، ولا مباشرة شرط هو متعدّ فيه ، لأن أصل البناء كان فى ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كماقبل الإشهاد : وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه فى يده فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه يجب عليه ، فإذا امتنع صار متعديا بمنزلة مالو وقع ثوب إنسان فى حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا ، بخلاف ماقبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ ، فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب ، وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لأنه فى كونه جناية دون الخطأ ، فيستحق فيه التخفيف

بالطريق الأولى ، كيلا يؤدي إلى استئصاله والإجحاف به ، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ، لأن العواقل لا تعقل المال ، والشرط التقدم إليه ، وطلب النقض منه دون الإشهاد ، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره ، فكان من باب الاحتياط ، وصورة الإشهاد : أن يقول الرجل اشهدوا إني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي .

قال (ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ماتلف بسقوطه من غير إشهاد) لأن البناء تعدٍّ ابتداء كما في إشراع الجناح .

قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لأن هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لابد من إمكان النقض ليصير بتركه جانيا ، ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم ، رجلا كان وامرأة ، حرا كان أو مكاتبا ، ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره ، لأنه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به .

قال (وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة) لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار ، فكذا بإزالة ما شغل هواءها ، ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم ، ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه ، لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه ، وقد زال تمكنه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ، ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه ، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به .

والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ، ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك ، وإلى الوصي وإلى أب اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية ، وذكر الأم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء

كحمله ، وإلى المكاتب لأن الولاية له ، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن ، لأن ولاية النقض له ، ثم التالف بالسقوط إن كان مالا فهو فى عنق العبد ، وإن كان نفسا فهو على عاقلة المولى ، لأن الإشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ، ويصح التقدم إلى أحد الورثة فى نصيبه ، وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضى (ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لايضمنه) لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه .

قال (وإن عطب بالنقض ضمنه) لأن التفريغ إليه إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل .

قال (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهى ملكه ضمنه) لأن التفريغ إليه (وإن كان ملك غيره لايضمنه) لأن التفريغ إلى مالكها .

قال (وإذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته ، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : عليه نصف الدية على عاقلته فى الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر فى عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وله أن الموت حصل بعلة واحدة ، وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ، ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية والله أعلم .

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت ، وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) والأصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة ، لأنه يتصرف فى حقه من وجه ، وفى حق

غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس ، فقلنا بالإباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ، ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسدّ بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الإيطاء وما يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به .

قال (فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا) لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه .

قال (وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أوحجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجرا كبيرا ضمن) لأنه في الوجه الأوّل لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه ، وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة وإنما ذلك بتعنيف الراكب ، والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف .

قال (فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه .

قال (وكذا إذا أوقفها لذلك) لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف ، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعدّ في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به .

قال (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) والمراد النفحة . قال رضي الله عنه : هكذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره ، وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله : ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به ؛ فلا يمكنه التحرز عنه ، بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح ؛ وقال الشافعي رحمه الله : يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم والحجة

عليه ما ذكرنا . ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الرجل جبار » ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره ، وهذا تخويف بالضرب .

قال (وفى الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب .

قال (إلا أن على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها قال (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه ، لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لأن سير الدابة مضاف إليه وهى آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب فى غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإيطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة .

قال (ولو كان راكب وسائق ، قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان .

قال (وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعى رحمهما الله : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ، لما روى ذلك عن على رضى الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه ، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف ، فكذا هذا . ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه ، لأن فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق ، فلا يصلح مستندا للإضافة فى حق الضمان كالماشى إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح فى غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره ، وروى عن على رضى الله عنه : أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا ، وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق ، هذا الذى ذكرنا إذا كانا حرين فى العمد والخطأ ، ولو كانا عبدين يهدر الدم فى الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء

وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة ، وكذا فى العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ماجنى ولم يخلف بدلا ، ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ، فنى الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة ، لأنه ضمان الآدمى فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ، ويبطل مازاد عليه لعدم الخلف ، وفى العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف فى العمد ، وهذا القدر يأخذه ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة .

قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه ، وكذا مايحمل عليها) لأنه متعد فى هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه ، بخلاف الرداء لأنه لايشد فى العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما فى المحمول على عاتقه دون اللباس على مامر من قبل فيقيد بشرط السلامة .

قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ ، فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدى سبب للضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال فى ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما) لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة ، وهذا إذا كان السائق فى جانب من الإبل .

أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمان والسائق يسوقه ما يكون قدامه .

قال (وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره ، فإذا ترك الصيانة صار متعديا وفى التسبيب الدية على العاقلة كما فى القتل الخطأ (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لأنه هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة ، وإنما لا يجب الضمان عليهما فى الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط ،

قالوا هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة ، فإذا لم يعلم به لايمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط .

أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه .

قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت فى فورها يضمنه) لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق .

قال (ولو أرسل طيرا أو ساقه فأصاب فى فوره لم يضمن) والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه ، والطير لايحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة ، وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ، ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل . ووجه الفرق أن البهيمة مختارة فى فعلها ، ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست فى الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ، ولا حاجة فى حق ضمان العدوان . وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه أوجب الضمان فى هذا كله احتياطا صيانة لأموال الناس .

قال رضى الله عنه : وذكر فى المبسوط إذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فأصابت فى فورها فالمرسل ضامن ، لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه ، وكذا إذا وقفت ثم سارت ، بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال فى الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد ، لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه تنافى مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال ، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا فى فوره لايضمنه من أرسله ، وفى الإرسال فى الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه ، أما الإرسال للاصطياد فمباح ، ولا تسبيب إلا بوصف التعدى .

قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فوره ضمن المرسل ، وإن مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لايضمن لما مر ، ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لاضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام « جرح العجماء جبار » وقال محمد رحمه الله : هى المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته .

قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) لأن المقصود منها هو اللحم ، فلايعتبر

إلا النقصان (وفى عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا فى عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعى رحمه الله : فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة : ولنا ماروى «أنه عليه الصلاة السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة» وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمى ، وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى إيجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها .

قال (ومن سار على دابة فى الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ، ولأن الناخس متعدّ فى تسبيبه والراكب فى فعله غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعدّ فى الإيقاف أيضا .

قال (وإن نفحت الناخس كان دمه هدرا) لأنه بمنزلة الجانى على نفسه (وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس) لأنه متعد فى تسبيبه وفيه الدية على العاقلة .

قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه ، والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة ، والثانى مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما ، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ، ولا ضمان عليه فى نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس فى معنى السوق فصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر .

قال (ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا إذا كانت فى فورها الذى نخسها) لأن سيرها فى تلك الحالة مضاف إليهما والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف ، فمن هذا الوجه يقتصر عليه ، والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء ، وبهذا لايترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانا فوقع فى بئر

حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ، ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الإيطاء لأنه فعله بأمره ، وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه ، وصار كما إذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبى فإنهم لا يرجعون على الآمر . لأنه أمره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه ، وكذا إذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ، ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الايطاء فى فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه ، وإذا لم يكن فى فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقى السوق مضافا إلى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت فى فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره) لأنه مضاف إليه والناخس إذا كان عبدا فالضمان فى رقبته ، وإن كان صبيا ففى ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما (ولو نخسها شىء منصوب فى الطريق فنفحت إنسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشىء) لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم .

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال (وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعى رحمه الله : جنايته فى رقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الأرش ، وفائدة الاختلاف فى اتباع الجانى بعد العتق ، والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم : له أن الأصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجانى إلا أن العاقله تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد ، لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه ، فتجب فى ذمته كما فى الدين ، ويتعلق برقبته يباع فيه كما فى الجناية على المال . ولنا أن الأصل فى الجناية على الآدمى حالة الخطأ أن تتباعد عن الجانى تحرزا عن استئصاله والإجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجانى إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به :

والأصل فى العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمى ، لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر ، وبخلاف الجناية على

المال ، لأن العواقل لاتعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد ، وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل ، غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة ، بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لايتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر .

قال (فإن دفعه ملكه ولى الجناية وإن فداه فداه بأرشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين ، وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرا بالمتلف ، ولهذا سمى فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولى الجناية غيره) أما الدفع فلأن حقه متعلق به ، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط ،وأما الفداء فلأنه لاحق له إلا الأرش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له ، فإن لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه على ما بيناه ، وإن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى .

قال (فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية .

قال (وإن جنى جنايتين قيل للمولى : إما أن تدفعه إلى ولى الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما ، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما) لأن تعلق الأولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ؛ ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع ، ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتيهما (وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا) لأن أرش العين على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى أن يفدى من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ماتعلق به حقه من العبد) لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة ، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلايملك التفريق في موجبها .

قال (فإن أعتقه المولى وهو لايعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها ، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) لأن فى الأول فوت حقه ، فيضمنه وحقه فى أقلهما ولا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم ، وفى الثانى صار مختارا لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر ، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد ، لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به ، بخلاف الإقرار على رواية الأصل ، لأنه لايسقط به حق ولى الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر ، وألحقه الكرخى بالبيع وأخواته لأنه ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع وإطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لايختلف ، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لأنه يزيل الملك ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع لأن الملك مازال ، ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ، ولو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق فى الهبة دون البيع: وإعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا ، لأن فعل المأمور مضاف إليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه ، وكذا إذا كانت بكرا فوطئها وإن لم يكن معلقا لما قلنا ، بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية ، لأنه لاينقص من غير إعلاق ، وبخلاف الاستخدام لأنه لايختص بالملك ولهذا لايسقط به خيار الشرط ، ولايصير مختارا بالإجارة ، والرهن فى الأظهر من الروايات وكذا بالإذن فى التجارة وإن ركبه دين ، لأن الإذن لايفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته .

قال (ومن قال لعبده: إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك) وقال زفر رحمه الله: لايصير مختارا للفداء ، لأن وقت تكلمه لاجناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا .

ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لايطلق أو لايعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لايحنث فى يمينه تلك ، كذا هذا . ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية .

ألا ترى أن من قال لامرأته : إن دخلت الدار فوالله لاأقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول ، وكذا إذا قال لها: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض، بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته مالا يمكنه الامتناع عنه. ولأنه حرّضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه ، والظاهر أنه يفعله فهذا دلالة الاختيار :

قال (وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية ،وإن لم يعتقه رد على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه) ووجه ذلك ، وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لايجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ، فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لايورث الشبهة ، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص ، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ،لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلاأن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ، ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به ، لأنه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الإعتاق ابتداء ،وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيردّ العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم فى العفو والقتل : وذكر فى بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه. فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ماذكرنا من الرواية ، وهذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ، ثم سرى إلى النفس ومات حيث لايجب القصاص هنالك وههنا قال يجب ، قيل ماذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان ، وقيل بينهما فرق ،ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص . أما ههنا الصلح لايبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه . أما إذا أعتقه فالتخريج ماذكرناه من قبل .

قال (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجناية) لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد : الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ؛ ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف ، بخلاف ماإذا أتلفه أجنبى حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء لأن الأجنبى إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر فى مقابلته الحق لأنه دونه ، وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما .

قال (وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها فى الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسرى إلى الولد كولد المرهونة ، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع فى ذمة المولى لافى ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع والسراية فى الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية .

قال (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شئ له) لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لايصدق على العاقلة من غير حجة .

قال (وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء ، وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو بعت دارى وأنا صبى ، أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا .

قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ماأخذه منها إلا الجماع والغلة استحسانا ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لايضمن الأشياء قائما بعينه يؤمر برده عليها) لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الأولى ، وكما فى الوطء والغلة وفى الشىء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها

وهى منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها : ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره : فقأت عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لابل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقر له ، وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهى مديونة ، وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لايوجب العقر وكذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لايوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان .

قال (وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبى الدية) لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شىء على الآمر) وكذا إذا كان الآمر صبيا ، لأنهما لايؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد ، بخلاف الصبى لأنه قاصر الأهلية .

قال (وكذلك إن أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الأول فى الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر فى دفع الزيادة وهذا إذا كان القتل خطأ وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لأن عمده خطأ ، أما إذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد .

قال (وإذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليى كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحد وليى كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء ، وهذا لأن حقهم فى الرقبة أو فى عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافين وهو النصف وبقى النصف .

(فإن كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليى العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذى لم يعف من ولى العمد وعشرة آلاف لوليى الخطأ) لأنه لما انقلب العمد مالا كان حق ولى الخطأ فى كل الدية عشرة آلاف وحق أحد ولى

فالعمد فى نصفها خمسة آلاف ولا تضايق فى الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لولى الخطأ وثلثه لغير العافى من ولى العمد عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا: يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لولى الخطأ وربعه لولى العمد) فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولى الخطأ بلا منازعة ، واستوت منازعة الفريقين فى النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم أرباعا ، وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا ، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ، ولهذه المسئلة نظائر وأضداد ذكرناها فى الزيادات .

قال (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أى قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر فى بعض النسخ قتل وليا لهما ، والمراد القريب أيضا ، وذكر فى فى بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله ، وذكر فى الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبى يوسف رحمه الله : الجواب فيه كالجواب فى مسئلة الكتاب ، ولم يذكر اختلاف الرواية : لأبى يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت فى العبد على سبيل الشيوع ، لأن ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع فى الكل ، فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه ، فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لايستوجب على عبده مالا ، وما كان فى نصيب صاحبه بقى ونصف النصف هو الربع ، فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية . ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لايستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

فصل

(ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لاتزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفى الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف

والشافعي رحمهما الله: تجب قيمته بالغة مابلغت، ولوغصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة مابلغت بالإجماع: لهما أن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى وهو لايملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب: ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى — ودية مسلمة إلى أهله — أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية إذ الغصب لايرد إلا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وإن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لاسمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد إظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما:

قال (وفي يد العبد نصف قيمته لايزاد على خمسة آلاف إلا خمسة) لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته، وكل مايقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر، إذ هو بدل الدم على ما قررنا، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية.

قال (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لاقصاص في ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق، لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى، وفيه الكلام واجتماعهما لايزيل الاشتباه، لأن الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت، فإذا اجتمعا زال الاشتباه. ولمحمد رحمه الله في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار

إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه ، كما إذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لايحل له وطؤها ، ولأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ، ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأول لأن المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لأن الحكم لايختلف بخلاف تلك المسئلة لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والإعتاق لايقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك فى الخطأ دون العمد ، لأن العبد لايصلح مالكا للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه .

أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه ، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه إذ لاوارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق ، وإذا امتنع القصاص فى الفصلين عند محمد رحمه الله يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل ، وعندهما الجواب فى الفصل الأول كالجواب عند محمد رحمه الله فى الثانى .

قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى) لأن العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ماعرف ، وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر إنشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلا البيان ، فاعتبرناه إظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ، لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لأنه لايفيد فائدة وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهى فى النفس دون الأطراف فبقى مملوكا فى حقها .

قال (ومن فقأ عينى عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولاشىء له من النقصان عند أبى حنيفة رحمه الله : وقالا : إن شاء أمسك العبد وأخذ مانقصه وإن

شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي رحمه الله : يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقى الباقى على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه ، ونحن نقول : إن المالية قائمة فى الذات ، وهى معتبرة فى حق الأطراف لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه ، وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ، ورعاية للمماثلة ، بخلاف ما إذا فقأ عينى حر لأنه ليس فيه معنى المالية ، وبخلاف عينى المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفى قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة . ولهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الأموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان . وله أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الأطراف أيضا ، ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ، ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء ولا يتملك الجثة ، ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم .

فصل فى جناية المدبر وأم الولد

قال (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبى عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه ، ولأنه صار مانعا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء ، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش ، لأنه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الأرش ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة ، ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة ، بخلاف القن لأن الرغبات صادقة فى الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة) لأنه لا منع منه إلا فى رقبة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لأن المنع فى هذا الوقت يتحقق .

قال (فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولىّ الأولى بقضاء فلا شىء عليه) لأنه مجبور على الدفع .

قال (وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولى الجناية وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لاشىء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء. ولأبى حنيفة رحمه الله : أن المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وولى الأولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهـذا يشارك ولى الجناية الأولى ومتأخرة حكما من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها ، فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لإبطاله ماتعلق به من حق ولى الثانية عملا بالشبهين (وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة) لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر فى جميع ماوصفنا) لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير (وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شىء عتق أو لم يعتق) لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لاينفذ على السيد ، والله أعلم .

باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات فى يده من القطع فعليه قيمته أقطع وإن كان المولى قطع يده فى يد الغاصب فمات من ذلك فى يد الغاصب لا شىء عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسراية ، لأن سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية ، فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع فى الفصل الثانى ، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا ، كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان.

قال (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات فى يده فهو ضامن) لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله .

قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء ، فيصير مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا

رقبة واحدة فلايزاد على قيمتها ويكون بين وليى الجنايتين نصفين لاستوائهما فى الموجب.

قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه استحق نصف البدل بسبب كان فى يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب .

قال (ويدفعه إلى ولى الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدى إلى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما أن حق الأول فى جميع القيمة لأنه حين جنى فى حقه لايزاحمه أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى ، فإذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه ، فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب .

قال (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا فى الفصل الأول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هى فى يد الغاصب فيدفعه إلى ولى الجناية الأولى ولايرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع .

ثم وضع المسألة فى العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى فى يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى وليى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف القيمة فيسلم له ، وإن جنى عند المولى ، ثم غصبه فجنى فى يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولايرجع به) والجواب فى العبد كالجواب فى المدبر فى جميع ماذكرنا إلا أن فى هذا الفصل يدفع المولى العبد ، وفى الأول يدفع القيمة .

قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لأن الجنايتين كانتا فى يد الغاصب (فيدفع

نصفها إلى الأول (لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد .

قال (ويرجع به على الغاصب) لأن الاستحقاق بسبب كان فى يده ويسلم له ولا يدفعه إلى ولى الجناية الأولى ولا إلى ولى الجناية الثانية ، لأنه لاحق له إلا فى النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه ، ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالأولى وقيل على الاتفاق. والفرق لمحمد رحمه الله أن فى الأولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الاستحقاق ، فأما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى إلى ماذكرناه :

قال (ومن غصب صبيا حرا فمات فى يده فجأة أو بحمى فليس عليه شىء ، وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان ، والقياس أن لايضمن فى الوجهين ، وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله ، لأن الغصب فى الحر لا يتحقق ؛ ألا يرى أنه لوكان مكاتبا صغيرا لايضمن مع أنه حر يدا ، فإذا كان الصغير حرا رقبة ويدا أولى . وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالإتلاف وهذا إتلاف تسبيبا لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق ، وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون فى كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعد فيه وقد أزال حفظ الولى فيضاف إليه لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعديا كالحفر فى الطريق ، بخلاف الموت فجأة أو بحمى لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا .

قال (وإذا أودع صبى عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وإن أودع طعاما فأكله لم يضمن) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله: يضمن فى الوجهين جميعا ، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لايؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ويؤاخذ به بعد العتق : وعند أبى يوسف والشافعى رحمهما الله يؤاخذ به فى الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة فى العبد والصبى : وقال محمد رحمه الله فى أصل الجامع الصغير : صبى قد عقل . وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى ابن اثنتى عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل

يضمن بالاتفاق ، لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر . لهما أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبدا ، وكما إذا أتلفه غير الصبي فى يد الصبي المودع . ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه أتلف مالا غير معصوم ، فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه وهذا لأن العصمة تثبت حقا له ، وقد فوّتها على نفسه حيث وضع المال فى يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه فى الحفظ ولا إقامة ههنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ، ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له ، لأن لهما ولاية على أنفسهما ، وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه إذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم ، وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي فى يد الصبي ، لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذى وضع فى يده المال دون غيره .

قال (وان استهلك مالا ضمن) يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله وصحة القصد لا معتبر بها فى حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب .

باب القسامة

قال (وإذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولى بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعى رحمه الله : إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ . وقال مالك : يقضى بالقود إذا كانت الدعوى فى القتل العمد ، وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله ، واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لايكرر اليمين بل يردها على الولى فإن حلفوا لا دية عليهم . للشافعى رحمه الله فى البداءة بيمين الولى قوله عليه الصلاة والسلام للأولياء « فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه » ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعى أصل له كما فى النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها ، والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية . ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم

والبينة على المدعى واليمين على من أنكر، وفى رواية وعلى المدعى عليه، وروى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام: بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ، ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولى إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولى إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولى لأن اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل ، وفائدة اليمين النكول فإن كانوا لايباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ، ولو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة .

قال (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولى) وقال الشافعى رحمه الله : لا تجب الدية ، لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عبد الله بن سهل « تبرئكم اليهود بأيمانها » ولأن اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما فى سائر الدعاوى . ولنا أن النبى عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث بن سهل ، وفى حديث زياد بن أبى مريم ، وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهما على وادعة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « تبرئكم اليهود » محمول على الإبراء عن القصاص والحبس ، وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم فى المحافظة كما فى القتل الخطأ (ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول فى الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ، ولهذا يسقط ببذل المدعى ، وفيما نحن فيه لا يسقط ببدل الدية هذا الذى ذكرنا إذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى فى العمد أو الخطأ لأنهم لا يتميزون عن الباقى ، ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب فى الكتاب ، وهكذا الجواب فى المبسوط . وعن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الأصل أن فى القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال

للولى ألك بينة ؟ فإن قال لايستحلف المدعى عليه يمينا واحدة. ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وإنما عرف بالنص فيما إذا كان فى مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقى على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم ، وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل فى إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس ، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ، لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلفه يمينا واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ، ثم إن حلف برئ وإن نكل والدعوى فى المال ثبت به وإن كان فى القصاص فهو على الاختلاف مضى فى كتاب الدعوى .

قال (وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى: أن عمر رضى الله عنه لما قضى فى القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ، حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية ، وعن شريح والنخعى رضى الله عنهما مثل ذلك ، ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملا فأراد الولى أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال .

قال (ولا قسامة على صبى ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح .

قال (ولا امرأة ولا عبد) لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها .

قال (وإن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولادية) لأنه ليس بقتيل إذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حى وهذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ، ثم يجب عليهم القسم فلابد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا ، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لايخرج منها إلا بفعل من جهة الحى عادة ، بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه فى الشهيد .

(ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أووجد يده أو رجله أو رأسه فلا شىء عليهم) لأن هذا حكم عرفناه بالنص ، وقد ورد به فى البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمى بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة ، ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان ، والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لاتجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقى لاتجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا إليه ، وصـــلاة الجنازة فى هذا تنسحب على هـــذا الأصل لأنها لا تتكرر .

(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر للضرب فلا شىء على أهل المحلة) لأنه لايفوق الكبير حالا (وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والديةعليهم) لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا (وإن كان ناقص الخلق فلا شىء عليهم) لأنه ينفصل ميتا لاحيا .

قال (وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لأنه فى يده فصار كما إذا كان فى داره ، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها (فإن اجتمعوا فعليهم) لأن القتيل فى أيديهم فصار كما إذا وجد فى دراهم .

قال (وإن مرت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع » وعن عمر رضى الله عنه أنه لما كتب إليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة ، قيل : هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا .

قالوا (وإن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه) لأن الدار فى يده (والدية على عاقلته) لأن نصرته منهم وقوته بهم .

قال (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف رحمه الله : هو عليهم جميعا) لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون

بالسكنى ، ألا ترى وأنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود ، وإن كانوا سكانا بخيبر . ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم ، وأما أهل خيبر فالنبى عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج .

قال (وهى على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ؛ ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولأنه أصيل والمشترى دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل ، وقيل أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة .

قال (وإن بقى واحد منهم فكذلك يعنى من أهل الخطة لما بينا (وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين) لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم (وإذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة إن كانوا حضورا ، وإن كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمها الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لاقسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لايشاركهم فيها عواقلهم . ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة .

قال (وإن وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر مابقى فهو على رؤوس الرجال) لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرءوس بمنزلة الشفعة .

قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان فى البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك

المشترى قبل القبض فى البيع البات ، وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر . وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ، ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد، وفى البات اليد للبائع قبل القبض ، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون البات ، ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ، ولو كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ .

قال (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) لأنه لابد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفى لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة فلا بد من إقامه البينة .

قال (وإن وجد قتيل فى سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لأنها فى أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها ، والمالك فى ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة ، وهذا على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله ظاهر ، والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل .

قال (وإن وجد فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لأن التدبير فيه إليهم (وإن وجد فى المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم ، وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين (ولو وجد فى السوق إن كان مملوكا ؛ فعند أبى يوسف رحمه الله : تجب على السكان ، وعندهما على المالك ، وإن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال) لأنه لجماعة المسلمين (ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال . وعلى قول أبى يوسف رحمه الله الدية والقسامة على أهل السجن) لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم والظاهر أن القتل حصل منهم ، وهما يقولان : إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون ، فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة ولأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين . فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم ، قالوا هذه فريعة المالك والساكن وهى مختلف فيها بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله .

قال (وإن وجد فى برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من

استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لايلحقه الغوث من غيره فلايوصف أحد بالتقصير ، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد ، أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وإن وجد فى وسط الفرات يمرّ به الماء فهو هدر) لأنه ليس فى يد أحد ولا فى ملكه (وإن كان محتبسا بالشاطىء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذى تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط فى يد من هو أقرب منه ، الا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها ، بخلاف النهر الذى يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم .

قال (وإن ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان .

قال (وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل . ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافى ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولى ، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه .

قال (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة) لأن القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (إلا أن يدعى الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شىء) لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة .

قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذى رويناه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتيل فى معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها ، فإن وجد فى خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية) اعتبارا لليد عند انعدام الملك (وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدرا ، وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبى حنيفة) خلافا لأبى يوسف رحمهما الله وقد ذكرناه .

قال (وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله ، فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا ، لأنه لما أقرّ بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه .

قال (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء ، وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة . وله أنهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصى إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد ، قال رضى الله عنه : وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس .

قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ، ولا يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل .

قال (ومن جرح فى قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لاقسامة ولا دية) لأن الذى حصل فى القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش . وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ، ولهذا وجب القصاص ، فإن كان صاحب فراش أضيف إليه ، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك .

قال (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين، ثم مات لم يضمن الذى حمله إلى أهله فى قول أبي يوسف رحمه الله ، وفى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن) لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها ، وقد ذكرنا وجهى القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة .

(ولو وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله : لاشيء فيه) لأن الدار فى يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا . وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور

القتل ولهذا لايدخل فى الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا فى دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه .

(ولو أن رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا ، قال أبو يوسف رحمه الله: يضمن الآخر الدية ، وقال محمد: لايضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ، ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبى يوسف رحمه الله أن الظاهر أن الإنسان لايقتل نفسه فكان التوهم ساقطا ، كما إذا وجد قتيل فى محلة .

(ولو وجد قتيل فى قرية لامرأة، فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها فى النسب . وقال أبو يوسف رحمه الله : على العاقلة أيضا) لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة ، والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبى . ولهما أن القسامة لنفى التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة . قال المتأخرون : إن المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لأنا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا فى أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية ، والله أعلم

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة ، وهى الدية ، وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك : أى تمسك .

قال (والدية فى شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة ، والعاقلة الذين يعقلون) يعنى يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه فى الديات . والأصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث حمل بن مالك رضى الله عنه للأولياء « قوموا فدوه » ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطئ معذور ، وكذا الذى تولى شبه العمد نظر إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفى إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف ، وإنما خصوا

بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه ، وتلك بأنصاره ، وهم العاقلة ، فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به .

قال (والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات ، وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان ، وهذا عندنا . وقال الشافعى رحمه الله الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب .

ولنا قضية عمر رضى الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد ، وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ، ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة ، وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صلة ، وهو العطاء أولى منه فى أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى عليه الصلاة والسلام ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فإن خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود .

وتأويله : إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا ، وإذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة ، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين فى السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية فى السنة الثالثة ، وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين . وقال الشافعى رحمه الله : ما وجب على القاتل فى ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ، ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل ، إذ هو بدل النفس وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت

القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور .

قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لأن نصرته بهم ، وهى المعتبرة فى التعاقل .

قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لايزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه : كذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لايزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح :

قال (وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل) معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات : الأخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم ، وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون وعلى هـــذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار ، فيسوى بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هى أحط رتبة منها ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف :

(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث) لأن الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج فى كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية ، وإن كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر ، حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة فرضت الدية فى

الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر إما لأن الأعطية أكثر أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم .

قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره ، وقال الشافعى رحمه الله : لا يجب على القاتل شىء من الدية اعتباراً للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا .

قلنا : إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب الجزء ولو كان الخاطىء معذورا فالبرىء منه أولى ، قال الله تعالى — ولا تزر وازرة وزر أخرى — (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) لقول عمر رضى الله عنه : لا يعقل مع العاقلة صبى ولا امرأة ، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية ، وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شىء عليهما من الدية بخلاف الرجل ، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه ، وهذا لايوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام ورضى الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة ، لأن التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لأنهم أتباع لأهل المصر فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب فى النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه .

والحاصل : أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على مابيناه ، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له فى الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة ، قيل هو صحيح ، لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء .

وقيل تأويله : إذا كان قريبا لهم ، وفى الكتاب إشارة إليه حيث قال : وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر ، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوى نازلا فى المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الإسلام فى المعاملات لا سيما فى المعانى العاصمة عن الأضرار ومعنى التناصر موجود فى حقهم (وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما فى حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت ، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه فى ماله ، لأن أهل دار الإسلام لايعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا : هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض ، وهكذا عن أبى يوسف رحمه الله لإنقطاع التناصر ، ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء ، فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضى ، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة .

وقال زفر رحمه الله تعالى : يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهورواية عن أبى يوسف رحمه الله ، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما إذا حوّل بعد القضاء . ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال ، وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة ، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل فى النسب ، لأن فى النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفى الضم

تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله ، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم ، وكذا البدوى إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام فى العطاء حيث تصير الدية فى أعطياتهم ، وإن كان قضى بها أول مرة فى أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنه قضى بها فى أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء ، إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول إلى دراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر .

قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لأن النصرة بهم ، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » .

قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى ، وقد مر فى كتاب الولاء .

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ، وتتحمل نصف العشر فصاعدا) والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة » وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولأن التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا إجحاف فى القليل ، وإنما هو فى الكثير ، والتقدير الفاصل عرف بالسمع .

قال (وما نقص من ذلك يكون فى مال الجانى) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعى رحمه الله أو التسوية فى أن لا يجب على العاقلة شىء إلا أنا تركناه بما روينا ، وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على مامر فى الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال ، لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان فى مال الجانى أخذا بالقياس .

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا مالزم بالصلح أو باعتراف الجانى) لما روينا ولأنه لاتناصر بالعبد، والإقرار والصلح لايلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم .

قال (إلا أن يصدقوه) لأنه ثبت بتصادقهم ، والإمتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقرّ بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضى إلا بعد سنين قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى) لأن التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالإقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولىّ الجناية على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة) لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شئ فى ماله) لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء، وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الأول (إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لأنه فى حق حصته مقر على نفسه وفى حق العاقلة مقر عليهم .

قال (وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لأنه بدل النفس على ماعرف من أصلنا ، وفى أحد قولى الشافعى تجب فى ماله لأنه بدل المال عنده . ولهذا يوجب قيمته بالغة مابلغت، وما دون النفس من العبد لاتتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ماعرف ، وفى أحد قوليه : العاقلة تتحمله كما فى الحر وقد مر من قبل .

قال أصحابنا : إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته ، وليس بعضهم أخص من بعض بذلك، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا مايلزمه من الغرامة يلزم بيت المال ، وعن أبى حنيفة رحمه الله رواية شاذة أن الدية فى ماله ، ووجهه : أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على مامر، وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل (وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه) لأن نسبه ثابت منها دون الأب (فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ماكان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم ، لأنهم مضطرون فى ذلك، وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب

وهو آخر جزء من أجزاء حياته ، فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم ، وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر أو على عاقلته ، لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير .

قال رضي الله عنه : ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة ، والأصل الذي يخرج عليه أن يقال : حال القاتل إذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضي بها أو لم يقض ، وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ، ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضي بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية وإن لم يكن قضي بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية ، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه ، فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية : ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الإجارة بيناه ، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى — من بعد وصية يوصي بها أو دين — والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال :

حيث أحبهم ، وعليه إجماع الأمة ، ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما رويناه، وسنبين ماهو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى .

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه « الثلث والثلث كثير » بعد مانهى وصيته بالكل والنصف ، ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لايتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الإيثار على ما نبينه ، وقد جاء في الحديث « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر » وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث .

قال (إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته) لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت ، لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه لأن الساقط متلاش ،غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة ،لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضى ببطلان الحق لايكون رضا ببطلان الحقيقة، وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث ، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصى والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن .

قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاوصية للقاتل » ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ، وقال الشافعي رحمه الله تجوز للقاتل ،وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لاتبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لاتجوز) لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها ، ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ولأنهم لايرضونها للقاتل كما لايرضونها لأحدهم .

قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث » ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم، ولأنه حيف بالحديث الذى رويناه، ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث فى هذا نظير الوصية) لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث ، وإقرار المريض للوارث على عكسه ، لأنه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار .

قال (إلا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ، ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ، ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل فى حق الراد .

قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى — لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين — الآية ، والثانى لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفى الجامع الصغير : الوصية لأهل الحرب باطلة) لقوله تعالى — إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين — الآية .

قال (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد .

قال (ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها ؟ قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون : الترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح » ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم ، فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبى والترك هبة من القريب ، والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى ؛ وقيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين .

قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزفر رحمه الله تعالى وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله : هو يقول الوصية أخت الميراث إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الإرث

يثبت من غير قبول فكذلك الوصية . ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول .

قال (إلا فى مسئلة واحدة وهو أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته) استحسانا ، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع ، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات قبل الإجازة .

قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين ، فإنه فرض والوصية تبرع وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم (إلا أن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها .

قال (ولا تصح وصية الصبى) وقال الشافعى رحمه الله : تصح إذا كان فى وجوه الخير ، لأن عمر رضى الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذى راهق الحلم ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ، ولنا أنه تبرع والصبى ليس من أهله ولأن قوله غير ملزم وفى تصحيح وصيته قول بإلزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه ، والمعتبر فى النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيه ، وإن كان يتفق نافعا فى بعض الأحوال ، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة ، وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما فى الطلاق والعتاق ، بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه .

قال (ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء) لأن ماله لا يقبل التبرع . وقيل على قول أبى حنيفة رحمه الله لا تصح ، وعندهما تصح ردا لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فى استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف فى موضعه

قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين صلح خليفة فى الإرث فكذا فى الوصية إذ هى أخته إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئا. وأما الثانى فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح فى غير الموجود كالثمرة فلأن تصح فى الموجود أولى.

قال (ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه إذ لا فرق بينهما وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر فى البيوع.

قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه فى كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما فى البيع.

قال (وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة، ثم كل فعل لو فعله الإنسان فى ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصى كان رجوعا، وقد عددنا هذه الأفاعيل فى كتاب الغصب، وكل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبنى فيه الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لأنه حصل فى ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف فى التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع، كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا فى ملكه فإذا أزاله كان رجوعا. وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا.

قال (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله : يكون رجوعا لأن الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فأولى أن يكون رجوعا ، ولمحمد رحمه الله : أن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك ، وإذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا ، ولأن الرجوع إثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا) لأن الوصف يستدعى بقاء الأصل (بخلاف ما إذا قال فهى باطلة) لأنه الذاهب المتلاشى (ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا) لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما إذا قال تركت) لأنه إسقاط (ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا إذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم يتحقق فبقى للأول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهى للورثة) لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت ، والله أعلم بالصواب .

باب الوصية بثلث المال

قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا) لأن كل واحد منهما يدلى بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما فى أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم : سهم لصاحب الأقل ، وسهمان لصاحب الأكثر (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما ، وقال أبو حنيفة : الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا فى المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) لهما فى الخلافية أن

الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة وأختيها، وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا، والتفضيل يثبت فى ضمن الاستحقاق ؛ فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذا فى الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان فى المال سعة فتعتبر فى التفاضل لكونه مشروعا فى الجملة بخلاف ما نحن فيه ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية، وفى الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة .

قال (وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن مايصيبه بعد الموت، والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر رحمه الله : يجوز فى الأول أيضا فينظر إلى الحال والكل ماله فيه ، وجوابه ماقلنا :

قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما فى الوصية والأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه لأنه لامزيد عليه عند عدم إجازة الورثة ، وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه إلى النبى عليه الصلاة والسلام فيما روى ، ولأنه يذكر ويراد به السدس فإن إياسا قال: السهم فى اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ماذكرنا . قالوا هذا كان فى عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزء .

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان .

قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ، ثم قال فى

ذلك المجلس أوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفا بالإضافة إلى المال والمعرفة إذ أعيدت يراد بالثانى عين الأول هو المعهود فى اللغة .

قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله فله جميع مابقى) وقال زفر رحمه الله تعالى : له ثلث مابقى لأن كل واحد منهما مشترك بينهم ، والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابقى عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما .

قال (ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقى ثلثها وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله لم يستحق إلا ثلث مابقى من الثياب) قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لأنه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقى وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله وحده لأنه لايرى الجبر على القسمة فيها ، وقيل هو قول الكل لأن عندهما للقاضى أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والأول أشبه للفقه المذكور .

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له) لأنه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس ، فيصار إليه وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين ، وكلما خرج شىء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الألف لأن الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لأن للعين فضلا عن الدين ولأن الدين ليس بمال فى مطلق الحال وإنما يصير مالا عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه .

قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحى إلا نصف الثلث ، بخلاف ماإذا علم بموته : لأن الوصية للميت لغو فكان

راضيا بكل الثلث للحى . وإن قال : ثلث مالى بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ماتقدم ، ألا ترى أن من قال : ثلث مالى لزيد وسكت كان له كل الثلث ، ولو قال : ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث .

قال* (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث مايملكه عند الموت) لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى مابعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لاقبله ، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب ، لما بينا ، ولو أوصى له بثلث غنمه ، فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم فى الأصل ، فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت ، فيعتبر قيامه حينئذ ، وهذه الوصية تعلقت بالعين ، فتبطل بفواته عند الموت ، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا إذا كانت باسم نوعه ، وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ، ولو قال له شاة من مالى ، وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد فى مطلق المال ، ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله ولاغنم له ، قيل لايصح لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها ، وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم أن مراده المالية ، ولو قال : شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم ، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال ، وعلى هذا يخرج كثير من المسائل .

قال (ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وعن محمد رحمه الله : أنه يقسم على سبعة أسهم : لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان ، وأصله : أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما فى الزكاة ، لمحمد رحمه الله : أن المذكور لفظ الجمع وأدناه فى الميراث اثنان نجد ذلك فى القرآن ، فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ، ولهما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث .

قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه .

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ، ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال ، لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك ، لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان .

قال (ومن قال لفلان على دين فصدقوه) معناه قال ذلك لورثته (فإنه يصدق إلى الثلث) وهذا استحسان ، وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان ، وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لأن المدعى لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا فلا يعتبر ، وجه الاستحسان : أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة ، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية ، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته ، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة .

قال (وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لأن ميراثهم معلوم ، وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول ، فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا) تنفيذا لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره .

قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لأنه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لايملك فصح فى الأول وبطل فى الثانى ، بخلاف ما إذا أوصى لحى وميت ، لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحى والوارث من أهلها ، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا ، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي ، وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لايصح فى حق الأجنبي أيضا لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكماله ، فتصح فى حق من يستحقه منهما ، وأما الإقرار فإخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة فى الماضى ، ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ماأخبر به ولا إلى إثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكا ، ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل فى ذلك القدر ثم لايزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفى الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا .

قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل .

قال (إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون) لأن صاحب الجيد لاحق له فى الرديء بيقين ، لأنه إما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لاحق له فى الجيد الباقى بيقين ، لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ؛ ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلى فيعطى من محل الاحتمال ، وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة .

قال (وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم ، فإن وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع فى نصيب الآخر ، فللوصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : مثل ذرع نصف

البيت . له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثانى ، وهو إن ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة لاتنفذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ، ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع فى نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية فى بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذاقتلت خطأ تنفذ الوصية فى بدلها ، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به ، حيث لاتتعلق الوصية بثمنه ، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على مابيناه ، ولاتبطل بالقسمة .

ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقداستقر ملكه فى جميع البيت إذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ، ومعنى المبادلة فى هذهالقسمة تابع وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ، ولهذا يجبر علىالقسمة فيه ،وعلى اعتبار الإفراز يصير كأنالبيتملكه من الابتداء، وإن وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فىنصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرناه أو لأن مراد الموصى منذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك،وإن وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه علىاعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد فى جزاء الطلاق مطلق الولد وفى العتق ولد حى ، ثم إذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع ، يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له ، وهذا عند محمد رحمه الله ، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهما .فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهما ، لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين ، فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ، ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف ، وقيل لا خلاف فيه . لمحمد رحمه الله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لاتصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لاتصح وصيته ولا تنفذ .

قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته ؛ وإذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم ، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة ، لأن الوصية فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى .

قال (وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما فى يده) وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية فى إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده ، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه . أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شىء إلا أن يسلم للورثة مثلاه ولأنه لو أخذ منه نصف ما فى يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث .

قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لأن الأم دخلت فى الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالأم فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل فى الوصية فيكونان للموصى له (وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله . وقال أبو حنيفة : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شىء أخذه من الولد) وفى الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلثمائة درهم قبل القسمة ، فللموصى له الأم وثلث الولد عنده ، وعندهما له ثلثا كل واحد منهما . لهما ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم . وله أن الأم أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الأصل وذلك لا يجوز ، بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى إلى نقضه فى الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن

ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ، ولكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان قاصدا (هذا إذا ولدت قبل القسمة، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

فصل فى اعتبار حالة الوصية

قال (وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشىء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة) لأن الإقرار ملزم بنفسه وهى أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ، ولا يبطل بالدين إذا كان فى حالة الصحة أو فى حالة المرض ، إلا أن الثانى يؤخر عنه ، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهى وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث ، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهى كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث .

قال (وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصرانى أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا : إنه وارث عند الموت ، وهما إيجابان عنده أو بعده ، والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر فى إيراث تهمة الإيثار ، بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهى طارئة ، حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهى نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره ، وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا . وذكر فى كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبى ، وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك فى الحال وهو رقيق ، وفى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح .

قال (والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، والله أعلم بالصواب .

باب العتق فى مرض الموت

قال (ومن أعتق فى مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا) وفى بعض النسخ : فهو وصية مكان قوله جائز ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية ، لأنها إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة ، وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة فى حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما فى الهبة ، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه فى حال صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد وما نفذه من التصرف ، فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لاحق لأحد فى ماله .

قال (وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء ، وقالا : العتق أولى فى المسئلتين) والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع فى المرض ، والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح ، والمحاباة فى البيع إذا وقعت فى المرض ، لأن الوصايا قد تساوت والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لأنه أقوى ، فإنه لايلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه ، وكذلك المحاباة لايلحقها الفسخ من جهة الموصى ، وإذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لهما فى الخلافية أن العتق أقوى لأنه لايلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ، ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لأنه لايوجب التقدم فى الثبوت . وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة ، فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته ، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى ، فإذا وجدت المحاباة أولا دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة ، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب

المحاباة الأخيرة قسم بينها، وبين العتق، لأن العتق مقدم عليها فيستويان، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى، وعندهما العتق أولى بكل حال .

قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى عند أبى حنيفة رحمه الله وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقى شىء من الحجة يرد على الورثة . وقالا : يعتق عنه بما بقى) لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج . وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز ، بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة ، وهى حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل ، فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقى إليه .

وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو : أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق ، وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا أشبه .

قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه فى مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع فى شىء) لأن العتق فى مرض الموت وإن كان فى حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه .

قال (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق المولى ، فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته إلا أن ملكه فيه باق وإنما يزول بالدفع ، فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته ، فإن فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية .

قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له : أعتقه فى الصحة وقال الوارث : أعتقه فى المرض ، فالقول قول الوارث ولا شىء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شىء أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة)

لأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث مابقى من التركة بعد العتق، لأن العتق فى الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر ، لأن مدعاه العتق فى المرض وهو وصية ، والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا ، والقول قول المنكر مع اليمين ، ولأن العتق حادث، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها ، فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ، إلا أن يفضل شىء من الثلث على قيمة العبد، لأنه لا مزاحم له فيه أوتقوم له البينة أن العتق فى الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو خصم فى إقامتها لإثبات حقه .

قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث : أعتقنى أبوك فى الصحة وقال رجل : لى على أبيك ألف درهم فقال : صدقتما فإن العبد يسعى فى قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يعتق ولا يسعى فى شىء) لأن الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية ، وإن كان على المعتق دين . وله أن الإقرار بالدين أقوى ، لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث ، والأقوى يدفع الأدنى ؛ فقضيته أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان ، فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ، ولأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ، لأن الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لى عنده ألف درهم وديعة، فعنده الوديعة أقوى ، وعندهما سواء ، والله أعلم .

فصـــل

قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم (فإن تساوت فى القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث) لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم .

وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله ، وفى رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله . وجه الأولى أنهما وإن استويا فى الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى ،

وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها فى القوة ، إذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت فى الكفارات والكفارة فى القتل والظهار ، واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف فى الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض .

قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى) لما بينا وصار كما إذا صرح بذلك ، قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد ، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ، لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة فى نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين .

قال (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال راكبا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذى وجب عليه .

قال (فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) وفى القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحجة على صفة علمناها فيه غير أنا جوزناه ، لأنا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن ، والممكن فيه ما ذكرناه ، وهو أولى من إبطالها رأسا ، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل .

قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات فى الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبى حنيفة وهو قول زفر . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يحج عنه من حيث بلغ استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره فى الطريق . لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ؛ وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذى وجب ، والله أعلم .

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان ، وقوله قياس ، لأن الجار من المجاورة وهى الملاصقة حقيقة ، ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق. وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد » وفسره بكل من سمع النداء ، ولأن القصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعى رحمه الله : الجوار إلى أربعين دارا بعيد ، ومايروى فيه ضعيف، قالوا : ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذى لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن .

قال (ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراما لها » وكانوا يسمون أصهار النبى عليه الصلاة والسلام ،وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة رحمهما الله ، وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الكل أصهار ، ولو مات الموصى والمرأة فى نكاحه أو فى عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت فى عدة من طلاق بائن لايستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت .

قال (ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه ، وكذا محارم الأزواج) لأن الكل يسمى ختنا ، قيل هذا فى عرفهم ، وفى عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد لأن اللفظ يتناول الكل .

قال (ومن أوصى لأقاربه فهى للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقال صاحباه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له فى الإسلام) وهو أول أب أسلم أو أول

أب أدرك الإسلام ، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله . وفائدة الاختلاف تظهر فى أولاد أبى طالب ، فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم . لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف . وله أن الوصية أخت الميراث ، وفى الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا فى الوصية ، والمقصد من هذه الوصية تلافى مافرط فى إقامة واجب الصلة وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لايسمون أقرباء، ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا ، وهذا لأن القريب فى عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه ، فعنده يقيد بما ذكرناه ، وعندهما بأقصى الأب فى الإسلام ، وعند الشافعى رحمه الله بالأب الأدنى .

قال (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا الأقرب كما فى الإرث ، وعندهما بينهم أرباعا إذ هما لايعتبران الأقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية كما فى الميراث ، بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب ، ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ، ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهى أقوى ، والعمة وإن لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا ، وكذا إذا أوصى لذوى قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه فى جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف .

قال (ومن أوصى لأهل فلان فهى على زوجته عند أبى حنيفة رحمه الله) وقال : يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف ، وهو مؤيد بالنص : قال الله تعالى — وائتونى بأهلكم أجمعين — وله أن اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى — وسار بأهله — ومنه قولهم : تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة .

قال : (ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته) لأن الآل القبيلة التى ينسب إليها ، ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لأن الأب أصل البيت ، ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه

أهل بيت أبيه دون أمه ، لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلافه قرابته ، حيث تكون من جانب الأم والأب ، ولو أوصى لأيتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوما يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم ، لأنه أمكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك ، وإن كانوا لايحصون فالوصية فى الفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الأسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء ، بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لايحصون أو لأيامى بنى فلان وهم لايحصون حيث تبطل الوصية ، لأنه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة ، فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولايمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم ، وفى الوصية للفقراء والمساكين ، يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان فى الوصايا على مامر ، ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الإناث فى قول أبى حنيفة رحمه الله أول قوليه وهو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة ، لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز والكلام لحقيقته ، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم .

قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء) لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما فى الميراث ، ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة . وقال الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه : إن الوصية لهم جميعا ، وذكر فى موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له لأن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة . ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة ، والآخر منعم عليه فصار مشتركا ، فلا ينتظمها لفظ واحد فى موضع الإثبات ، بخلاف ما إذا حلف لايكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفى ولا ينافى فيه ، ويدخل فى هذه الوصية من أعتقه فى الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلابد من تحقق الاسم قبله . وعن أبى يوسف رحمه الله أنهم يدخلون ، لأن سبب

الاستحقاق لازم ، ويدخل فيه عبد قال له مولاه : إن لم أضربك فأنت حر ، لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء ، لأن الاسم يتناولهم على السواء . ومحمد رحمه الله يقول : الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم ، فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة ، بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجد منه ، وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ، ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ، ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا ، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض ، لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب .

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، وتجوز بذلك أبدا) لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا ، بخلاف الميراث لأنه خلافة فيما يتملكه المورث ، وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى ، وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملهما .

قال (فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه) لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة (وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ، ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ، لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث ، حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع ، لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا .

ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا ، لأن الحق لهم إلا أن الأول وهو الأعدل أولى ، وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار . وعن أبى يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم . وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم إذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه .

قال (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة) لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز .

(ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ، ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود ، والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعى رحمه الله : له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة ، فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية ، لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت ، فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل كل هذا .

وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع ، فلهذا انقطع ، أما هو فى وضعه فغير لازم ، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفى تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة ، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها ، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز ، وليس للموصى له

أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة ، فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث ، لأن الوصية إنما تنفذ على مايعرف من مقصود الموصى ، فإذا كانوا فى مصره فقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإذا كانوا فى غيره فقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم .

ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة فى جواز الوصية به ، كيف وإنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة ، لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله فإنه يقول : الموصى له شريك الوارث ، وللشريك ذلك فكذلك للموصى له إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب ولاحق له فى عين الدار ، وإنما حقه فى الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ، ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة ، والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لأحدهما على الآخر ، فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ، فلو لم يوص فى الرقبة بشىء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت .

ولها نظائر : وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما فى بطنها لآخر وهى تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال : هذه القوصرة لفلان ومافيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شىء لصاحب الظرف فى المظروف فى هذه المسائل كلها ، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبى يوسف رحمه الله . وعلى قول محمد : الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك فى أخواتها . لأبى يوسف رحمه الله أن بإيجابه فى الكلام الثانى ، تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولا ، لأن الوصية لاتلزم شيئا فى حال حياة الموصى ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما فى وصية الرقبة والخدمة : ولمحمد رحمه الله أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اسم الجارية

يتناولها ومافى بطنها ، واسم القوصرة كذلك،ومن أصلنا أن العامّ الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان ، وكل منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الأول ، كما إذا أوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لايتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لايبقى للموصى له فيه حق ، بخلاف ماإذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص .

قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها ، وإن قال له : ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ماعاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لايتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور ، وإن لم يكن شيئا ، أما الغلة فتنتظم الموجود ، ومايكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت فلا يرادبها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد .

قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله مافى بطونها من الولد ومافى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت ، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ وهذا بخلاف ماتقدم . والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم ، لأنه لايقبل الملك إلا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع أما الولد المعدوم وأختاه ، فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا ، ولاتستحق بعقدها ، فكذلك لايدخل تحت الوصية ، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

باب وصية الذمى

قال (وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله ، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا ، وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما .

قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ، لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعينين .

قال (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا : الوصية باطلة) لأن هذه معصية حقيقة ، وإن كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقرير المعصية . ولأبى حنيفة رحمه الله أن هذه قربة فى معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ؛ ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية فى معتقدهم لاتجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ؛ ثم الفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى ، وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين ، والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للبانى فتورث عنه ، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به ، وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره ؛ بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه فى غير ماهو قربة عندهم ، فبقى فيما هو قربة على مقتضاه ، فيزول ملكه فلا يورث .

ثم الحاصل أن وصايا الذمى على أربعة أقسام :

منها : أن تكون قربة فى معتقدهم ، ولا تكون قربة فى حقنا وهو ماذكرناه ، وما إذا أوصى الذمى بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين ، كما ذكرناه والوجه مابيناه .

ومنها : إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا ولا يكون قربة فى معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج فى مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة

بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم ؛ إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا ، لأنهم معلومون والجهة مشورة .

ومنها : إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا و حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس ، أو يغزى الترك وهو من الروم ؛ وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم ، أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة ؛ وفى معتقدهم أيضا .

ومنها : إذا أوصى بما لا يكون قربة لا فى حقنا ولا فى حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز ، لأنه معصية فى حقنا وفى حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلمين لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله ، وفى المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة ، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم .

قال (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمى بماله كله جاز) لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ؛ ولهـذا تنفذ بإجازتهم وليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب إذ هم أموات فى حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ، ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقى على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ، ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الإسلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا ، وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز ، لأنه ما دام فى دار الإسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التمليكات منه فى حال حياته ، ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته .

وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية ، ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالإرث إذ الكفر كله ملة واحدة ، ولو أوصى لحربى فى دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته ، والله أعلم .

باب الوصي وما يملكه

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد) لأن الميت مضى لسبيله معتمدا عليه ، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لأنه لاضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه (فإن ردها في وجهه فهو رد) لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره (وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل) لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيرا ، فلو أنه باع شيئا من تركته فقد لزمته ، لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول ، وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم ، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه ، وإذا كانت خلافة لاتتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل فأنابه لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب .

(وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال : لا أقبل ثم قال : أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء لأن في إبطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب ، ودفع الأول وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه ، إذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه ، فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجه ، فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي .

قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعدها . وذكر محمد رحمه الله في الأصل : أن الوصية باطلة ، قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل ، وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل ، وقيل

فى الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر فى الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى ، وتمكنه من الحجر بعدها ، والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر فى حق المسلم ، واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضى من الوصاية ويقيم غيره مقامه إتماما للنظر ، وشرط فى الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه فى المال وهذا يصلح عذرا فى إخراجه وتبديله بغيره :

قال (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته ، وإن كانوا صغارا كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولا تجوز عندهما وهو القياس ، وقيل : قول محمد رحمه الله مضطرب يروى مرة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف .

وجه القياس : أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفى اعتبار هذه تجزئتها لأنه لايملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع . وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار وإن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروى عن أبى حنيفة رحمه الله ، أو نقول يصار إليه كيلا يؤدى إلى إبطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى :

قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضى غيره) رعاية لحق الموصى والورثة ، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شكى إليه الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضى عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ، ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضى أن يخرجه لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فإبقاؤه أولى ، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره ، وكذا إذا شكى الورثة أو بعضهم الوصى إلى القاضى فإنه لا ينبغى له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا

ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصيا لأمانته وقد فاتت ، ولو كان فى الأحياء لأخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضى منابه كأنه لا وصيّ له .

قال (ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه) إلا فى أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف رحمه الله : ينفرد كلّ واحد منهما بالتصرف فى جميع الأشياء ، لأن الوصاية سبيلها الولاية وهى وصف شرعى لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كلا كولاية الإنكاح للأخوين ، وهذا لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد وما رضى الموصى إلا بالمثنى ، وليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين فى الإنكاح ، لأن السبب هناك القربة وقد قامت بكل منهما كلا ، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولىّ حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه ، وههنا حق التصرف للوصى ، ولهذا يبقى مخيرا فى التصرف ؛ ففى الأول أوفى حقا على صاحبه فصح وفى الثانى استوفى حقا لصاحبه فلا يصح ، أصله الدين الذى عليهما . ولهما بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية .

ومواضع الضرورة مستثناة أبدا ، وهى ما استثناه فى الكتاب وأخواتها فقال (إلا فى شراء كفن الميت وتجهيزه) لأن فى التأخير فساد الميت ، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لأنه يخاف موتهم جوعا وعريا (وردّ الوديعة بعينها وردّ المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الأموال وقضاء الديون) لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك ، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع فى يده فكان من باب الإعانة ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى (وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه) لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى (والخصومة فى حق الميت) لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لأن فى التأخير خيفة الفوات ، ولأنه يملكه الأم والذى فى حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لأن

فيه ضرورة لاتخفى (وجمع الأموال الضائعة) لأن فى التأخير خشية الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع فى يده فلم يكن من باب الولاية .

وفى الجامع الصغير : وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى ، والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه فى عرفهم ، وهذا لأنه رضى بأمانتهما جميعا فى القبض، ولأنه فى معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ماعرف فكان من باب الولاية،ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد ، قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد ، وقيل الخلاف فى الفصلين واحد وهو الأصح ، لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر . أما عندهما فلأن الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف ، فيضم القاضى إليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه . وعند أبى يوسف رحمه الله الحى منهما ، وإن كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه متصرفا فى حقوقه ، وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ، ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحى ، فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضى إلى نصب وَصى آخر ، لأن رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لاينفرد بالتصرف لأن الموصى مارضى بتصرفه وحده ، بخلاف ماإذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ برأى المثنى كما رضيه المتوفى ، وإذا مات الوصى وأوصى إلى آخر فهو وصية فى تركته وتركة الميت الأول عندنا .

وقال الشافعى رحمه الله : لا يكون وصيا فى تركة الميت الأول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره . ولنا أن الوصى يتصرّف بولاية منتقلة إليه ، فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى فى المال وإلى الجد فى النفس ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصى ، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فيهما ، ولأنه لما استعان به فى ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافى مافرط منه صار راضيا بإيصائه إلى غيره ، بخلاف الوكيل لأن الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه .

قال (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة، ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة) لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث ، والوصي خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا فصحت قسمته عليه ، حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له .

أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد ، ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ، ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته ،حتى لو هلك ما أفرزه عند الوصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه ، غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة ، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة ، فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة .

قال (فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا .

قال (وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع ما في يده) وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث . وقال محمد رحمه الله : لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصى ، ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه . ولأبي يوسف رحمه الله أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها . ولأبي حنيفة رحمه الله أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها ، وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها .

قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لأن الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب، ومن النظر إفراز

نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل .

قال (وإذا باع الوصى عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصى قائم مقام الموصى ؛ ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء ، وإن كان فى مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه ، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لابالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه .

قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فضاع فى يده فاستحق العبد ضمن الوصى) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه ، وهذه عهدة لأن المشترى منه ما رضى ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده .

قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل ، وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أو لا لايرجع لأنه ضمن بقبضه ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع فى جميع التركة . وعن محمد رحمه الله أنه يرجع فى الثلث ، لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث . وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور ، وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة ، بخلاف القاضى أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن فى إلزامها القاضى تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصى لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر فى كتاب القضاء ، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشىء كما إذا كان على الميت دين آخر .

قال (وإن قسم الوصى الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع فى المال الصغير) لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه .

قال (وإذا احتال الوصى بمال اليتيم ، فإن كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملأ إذ الولاية نظرية وإن كان الأول أملأ لايجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه .

قال (ولايجوز بيع الوصى ولاشراؤه إلا بما يتغابن الناس فى مثله) لأنه لا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لايمكن التحرز عنه ، ففى اعتباره انسداد بابه والصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر ، بخلاف الوصى لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر ، وعندهما لايملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (وإذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لأن ذلك أحوط ، ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته فى آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ، ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا ، وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهرا .

قال (وبيع الوصىّ على الكبير الغائب جائز فى كل شىء إلا فى العقار) لأن الأب يلى ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه ، وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا لأنه لايملكه الأب على الكبير إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه وحفظه الثمن أيسر وهو يملك الحفظ ، أما العقار فمحصن بنفسه .

قال (ولا يتجر فى المال) لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : وصى الأخ فى الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الأب فى الكبير الغائب وكذا وصى الأم ووصى العم وهذا الجواب فى تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون مايكون من باب الحفظ فكذا وصيهم .

قال (والوصى أحقّ بمال الصغير من الجد) وقال الشافعى رحمه الله : الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصى مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دونه الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الأب فى التصرف لما بيناه .

فصل فى الشهادة

قال (وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة) لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معينا لأنفسهما .

قال (إلا أن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان، وهو فى القياس كالأول لما بينا من التهمة . وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه ، أما الوصاية فتثبت بنصب القاضى .

قال (وكذلك الابنان) معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعنى الوصيين (لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما فى المشهود به .

قال (وإن شهدا لوارث كبير فى مال الميت لم يجز وإن كان فى غير مال الميت جاز) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا : إن شهدا لوارث كبير تجوز فى الوجهين لأنه لايثبت لهما ولاية التصرف فى التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة . وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما فى غير التركة لانقطاع ولاية وصى الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لافى غيرها .

قال (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : لاتقبل فى الدين أيضا . وأبو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع أبى يوسف رحمه الله. وعن أبى يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله .

وجه القبول أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبى بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة، بخلاف حال حياة المديون لأنه فى الذمة لبقائها لافى المال فلا تتحقق الشركة

قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق) لأنه لاشركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهى باطلة) لأن الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة .

كتاب الخنثى

فصل فى بيانه

قال (وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى) لأن النبى عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث فقال : من حيث يبول ، وعن على رضى الله عنه مثله ، ولأن البول من أى عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وإن بال منهما فالحكم للأسبق) لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلى (وإن كانا فى السبق على السواء ، فلا معتبر بالكثرة عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : ينسب إلى أكثرهما بولا) لأنه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ، ولأن للأكثر حكم الكل فى أصول الشرع فيترجح بالكثرة . وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لأنه قد يكون لاتساع فى أحدهما وضيق فى الآخر ، وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لامرجح .

قال (وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل) وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدى مستو لأن هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدى كثدى المرأة أو نزل له لبن فى ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة) لأن هذه من علامات النساء (وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا إذا تعارضت هذه المعالم .

فصل فى أحكامه

قال رضى الله عنه : الأصل فى الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط ، والأوثق فى أمور الدين وأن لايحكم بثبوت حكم وقع الشك فى ثبوته .

قال (وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته (فإن قام فى صف النساء فأحب إلىّ أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وإن قام فى صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا) لاحتمال أنه امرأة .

قال (وأحب إلينا أن يصلى بقناع) لأنه يحتمل أنه امرأة (ويجلس فى صلاته جلوس المرأة) لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة ،وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن الستر على النساء واجب ما أمكن (وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب ، وإن لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال) لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة ، ويكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال) لأنه أعد لنوائب المسلمين (فإذا ختنته باعها ورد ثمنها فى بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له فى حياته لبس الحلىّ والحرير وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم (وإن أحرم وقد راهق ، قال أبو يوسف رحمه الله : لاعلم لى فى لباسه) لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط وإن كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد رحمه الله : يلبس لباس المرأة) لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ، ولا شىء عليه لأنه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لأن الحنث لايثبت بالشك (ولو قال كل عبد لى حر أو قال : كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وإن قال القولين جميعا عتق) للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل (وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا) لأنه دعوى يخالف قضية الدليل (وإن لم يكن مشكلا ينبغى

أن يقبل قوله) لأنه أعلم بحاله من غيره (وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة، وييمم بالصعيد لتعذر الغسل (ولا يحضر إن كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وإن سجي قبره فهو أحب) لأنه إن كان أنثى يقيم واجبا وإن كان ذكرا فالتسجية لاتضره (وإذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي) يعني يكفن في خمسة أثواب ، لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله أثلاثا، للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك) وقالا : للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قول الشعبي رحمه الله .

واختلفا في قياس قوله . قال محمد رحمه الله : المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف رحمه الله: المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد ، والخنثى ثلاثة الأرباع ، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة . ولمحمد رحمه الله : أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ، ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصرا عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن كذا هذا إلا أن يكون نصيبه

الأقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما وأختا لأب وأم هى خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هى خنثى ؛ فعندنا فى الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقى للخنثى ، وفى الثانية للمرأة الربع ، وللأخوين لأم الثلث ، والباقى للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما ، والله أعلم بالصواب .

مسائل شتى

قال (وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له : أنشهد عليك بما فى هذا الكتاب فأومأ برأسه إى نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز فى الوجهين لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين ، ولا فرق بين الأصلى والعارض كالوحشى والمتوحش من الأهلى فى حق الذكاة . والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك فى الأخرس دون المعتقل لسانه ، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس ، ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ؛ أما الأخرس فلا تفريط منه ولأن العارضى على شرف الزوال دون الأصلى فلا يتقاسان وفى الآبدة عرفناه بالنص .

قال (وإذا كان الأخرس يكتب كتابا أو يومئ إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ، ألا ترى أن النبى عليه الصلاة والسلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب والمجوز فى حق الغائب العجز وهو فى حق الأخرس أظهر وألزم . ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ماقالوا . ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار وينوى فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلابد من النية . وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء . وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم .

وأما الإشارة فجعلت حجة فى حق الأخرس فى حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق

العبد أيضا ، ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى ، ولأنها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ، ولا يحد أيضا بالإشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط. ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد .

أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر فى كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ، ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب فى الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية ، ولا ضرورة لأنه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب ، وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية . وفى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الإشارة ، وفى الإشارة زيادة أثر لم يوجد فى الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا (وكذلك الذى صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة ، وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان .

قال (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يؤكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة، فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة . وقال الشافعى رحمه الله : لا يجوز الأكل فى حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحرى دليل ضرورى فلا يصار إليه من غير ضرورة ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار . ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى إفادة

الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كان الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه ، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

بعون الله تعالى قد تم طبع كتاب

الهـــــداية شرح بداية المبتدى

مصححا بمعرفة لجنة التصحيح
بشركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر

القاهرة فى { ٢٧ ذى الحجة سنة ١٣٨٤ هـ
٢٩ إبريل سنة ١٩٦٥ م }

فهرس

الجزء الرابع من الهداية

صحيفة

صحيفة

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمود نصار الحلبي وشركاه - خلفاء


Bibliotheca Alexandrina
0593936